

# TEMAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



JAVIER HERVADA

# TEMAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Compendio adaptado al Espacio Educativo Europeo  
(Plan Bolonia)

**EUNSA**

EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S. A.  
PAMPLONA

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total o parcial, de esta obra sin contar con autorización escrita de los titulares del *Copyright*. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (Artículos 270 y ss. del Código Penal).

Primera edición: Septiembre 2012

© Copyright 2012. Javier Hervada  
Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)

ISBN: 978-84-313-2874-0  
Depósito legal: NA 1.465-2012

Tratamiento: iTOM. Pamplona

Impreso en: GRÁFICAS ALZATE, S.L. Pol. Comarca 2. Esparza de Galar (Navarra)

Printed in Spain – Impreso en España

---

Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)  
Plaza de los Sauces, 1 y 2. 31010 Barañáin (Navarra) - España  
Teléfono: +34 948 25 68 50 - Fax: +34 948 25 68 54  
e-mail: [info@eunsa.es](mailto:info@eunsa.es)

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	9
I. NOCIÓN DE FILOSOFÍA DEL DERECHO .....	11
II. EL OFICIO DE JURISTA .....	33
III. LA JUSTICIA .....	43
IV. EL DERECHO .....	67
V. LA NORMA JURÍDICA .....	115
VI. EL DERECHO NATURAL.....	159



## PRESENTACIÓN

La implantación del Espacio Educativo Europeo, más conocido por Plan Bolonia, ha llevado consigo una relevante reducción de las lecciones teóricas, a favor de un notable aumento de las clases prácticas. A mi parecer esto lleva a una concepción distinta de los manuales. En su momento publiqué las *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, un grueso manual que, si se siguen las pautas de Bolonia, resulta poco utilizable. Ello me ha llevado a adaptar ese libro a las nuevas exigencias, en el nuevo volumen, muy reducido, seleccionando los temas que considero imprescindibles para quien estudia filosofía del derecho.

Si en las *Lecciones* procuré presentar en la medida de lo posible un sistema completo de filosofía del derecho, en el presente libro me limito a desarrollar –siempre partiendo de las citadas *Lecciones*– seis temas seleccionados que entiendo son suficientes para que el estudiante llegue a conocer lo más importante de la filosofía del derecho.

Pues he procurado reducir al máximo el tamaño del libro, me he tomado la libertad de prescindir de las abundantes notas de pie de página que figuran en las *Lecciones*. El lector interesado siempre puede acudir a estas para las citas.

No me ha resultado posible, si había que ser breve, presentar en cada tema las distintas corrientes que a ellos atañen; me limito a desarrollarlos según el realismo jurídico clásico, que es la filosofía jurídica que profeso. Nuevamente tengo que remitirme a las *Lecciones* para que el

lector interesado encuentre en los lugares oportunos la referencia a esas corrientes divergentes.

Espero que este Compendio resulte útil a las nuevas generaciones educadas según el Plan Bolonia.

*God bless you.*

Pamplona, a 25 de marzo de 2012



## I. NOCIÓN DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

### *Premisa*

Al comenzar el estudio de una disciplina lo primero que debe preguntarse el estudioso es ¿qué es esta ciencia?, ¿cuál es la materia que estudia e investiga? Y un manual o prontuario lo primero que debe intentar explicar es la respuesta a este interrogante. Y decimos «intentar» porque no siempre es fácil responderlo. Preguntémonos, pues, ¿qué es la filosofía del derecho?, ¿qué expresa su nombre?

Y aquí hay que hacer una aclaración. Hay ciencias cuyo nombre necesita explicación, v. gr., Psiquiatría o Sociología. Pero hay otras que no precisan este esfuerzo porque el nombre expresa por sí mismo su naturaleza y el objeto de la ciencia, v. gr., Historia de España. Se sabe lo que es «historia» y quién es España. Después los historiadores podrán discutir sobre el método, la perspectiva, etc. con que deben hacer historia, pero esta es algo conocido y expresa su objeto y su materia.

La filosofía del derecho pertenece a este segundo grupo. La materia que nos ocupa no es otra cosa que la visión filosófica de esa realidad social que llamamos derecho. Estamos sin duda ante una tautología, que en las líneas siguientes se impone superar.

Para ello lo que debe hacerse es exponer qué es la filosofía.

## *La filosofía*

Etimológicamente «filosofía» proviene del antiguo griego: *philia*, amor y *sophia*, sabiduría, amor a la sabiduría.

Cuentan que el primero que usó la palabra «filósofo» o amante de la sabiduría, a la que tiende a alcanzar, fue Pitágoras. La anécdota se nos ha transmitido por autores de la Antigüedad –Heráclides Póntico, Cicerón, Jámbrico y otros–; en síntesis, se narra que Pitágoras fue a Fliunte y disputó allí docta y largamente con Leonte, príncipe de los fliaseos. Habiéndose admirado Leonte de su ingenio y elocuencia, le preguntó qué arte profesaba; Pitágoras respondió que no sabía ciencia alguna, sino que era filósofo. Admirado Leonte con la novedad del nombre, le preguntó quiénes eran los filósofos, a lo que Pitágoras contestó: los estudiosos de la sabiduría. Esta denominación agradó tanto a la posteridad –atestigua Agustín de Hipona– que todo el que sobresalía en el conocimiento de la sabiduría se designó en adelante con el nombre de filósofo.

La actitud de modestia, que tradicionalmente se atribuye a Pitágoras al usar el apelativo de filósofo, la describe a finales de la Edad Antigua el propio San Agustín:

«La Escuela itálica tuvo por fundador a Pitágoras, del que se cuenta que inventó el nombre de filosofía. Pues, como quiera que en un principio se llamaban sabios a los que sobrepujaban a los demás en cierto modo de laudable vida, por eso, habiendo sido él interrogado acerca de su profesión, respondió que era filósofo, esto es, estudioso o amante de la sabiduría, pues le pareció arrogantísimo tenerse por sabio».

Así pues, filosofía y sabiduría fueron en sus orígenes lo mismo como lo describe Tomás de Aquino:

«Se ha de notar –escribe– que antes se usaba el nombre de sabiduría y ahora el de filosofía, pero los dos significan lo mismo. Pues a los antiguos que se dedicaban al estudio de la sabiduría se les llamaba sofistes, esto es, sabios; pero Pitágoras, habiendo sido interrogado acerca de su profesión, no quiso llamarse sabio, como sus antecesores, por parecerle esto presuntuoso, y así se llamó filósofo, esto es, amante de la sabiduría. Y de ahí que el nombre de sabio se haya cambiado por el de filósofo, y el de sabiduría por el de filosofía».

Aquí hay que evitar confundir ciencia (en sentido moderno) y sabiduría. La ciencia estudia la realidad en sus causas próximas y aparentes y por ello se dice que es un saber fenoménico. Estudia el *fenómeno* de la realidad, lo que cae bajo el conocimiento sensible (los sentidos) y experimentable. En cambio, la sabiduría traspasa la mera experiencia e intenta llegar a las causas últimas y más radicales, así como al íntimo ser de las cosas. El filósofo al que se refería Pitágoras y dio origen al nombre de filosofía, es el que tiende a alcanzar la sabiduría tal como acabamos de referirnos a ella. Es en este sentido en el que filosofía y sabiduría son lo mismo. Así ha dicho Platón que los verdaderos filósofos son «los que gustan de contemplar la verdad», por lo que se dice del filósofo «que ama la sabiduría, no en parte, sino toda y por entero».

Hablamos de *tendencia* e *intento* a propósito de la sabiduría y, por lo tanto de la filosofía, porque esta se presenta como tensión hacia la sabiduría, más que como sabiduría lograda. El filósofo tiende a la sabiduría, pero reconoce sus limitaciones y se tiene a sí mismo, más que como poseedor de la sabiduría, como buscador y estudioso de ella. Es una actitud llena de realismo. Se trata, pues, de una actitud realista y modesta, de ninguna manera de una forma de pensar pesimista y mucho menos escéptica. La filosofía parte del optimismo racional: la razón puede alcanzar verdades sobre la realidad, pudiendo llegar a las últimas causas y al íntimo ser de las cosas. Lo ponen de manifiesto unas palabras del filósofo pagano Arquitas de Tarento:

«El hombre ha nacido y está naturalmente preparado para contemplar las razones de todas las cosas y de la sabiduría misma, y por eso su oficio es comparar y contemplar la sabiduría de todas las cosas que existen (...) La sabiduría versa, no sobre algún determinado género de cosas, sino en absoluto sobre la serie entera de las cosas; no debe tampoco pararse en la primera explicación de cada uno de los seres sino que debe investigar los principios comunes de todos ellos, como la vista de todos los objetos que caben en la visión. Luego lo que en general es atribuido a todas las cosas, esto es lo que debe conocer y considerar la sabiduría; y por eso la sabiduría investiga los principios de todas las cosas (...) Por eso, quien es capaz de resolver en un mismo y único principio todos los géneros de todas las cosas y componerlos y conjugarlos ordenadamente, ese me parece el más sabio y más verdadero de los hombres, y me parece además que

ha encontrado una conveniente atalaya para mirar desde ella a Dios y a todas las cosas, colocadas con acertada distribución y orden en sus lugares respectivos, y que se ha enseñoreado de un camino regio por donde puede progresar con paso seguro y concluir la carrera enlazando los principios con los fines y entendiendo que Dios es el principio, el medio y el fin de todas las cosas que se hacen con rectitud y justicia».

Según lo dicho, podemos describir la filosofía como *el conocimiento racional de todas las cosas por sus causas últimas y por los principios supremos*. O también como *el estudio de la realidad que tiende a conocerla en sus últimas causas y en su más íntimo ser*.

Sobre esta descripción comenta Verneaux:

«Semejante definición de la filosofía nos parece válida para todas las filosofías. No cabe duda de la existencia de grandes divergencias acerca de la naturaleza de los principios que ellas proponen; para unas, por ejemplo la de Marx, es la Materia; para otras, como la de Hegel, es el Espíritu; y para otras aún, la Sabiduría (Spinoza), etc., pero poco importa aquí que una filosofía sea materialista, idealista o panteísta, ya que siempre tiende a explicar el universo por sus causas supremas».

### *Características de la filosofía realista*

Acabamos de aludir a la existencia de distintas orientaciones de filosofía, cosa bien conocida, y este es el momento de aclarar cuál es la línea de pensamiento filosófico –de sabiduría– que consideramos más acertada y sobre la que se asienta el sistema de filosofía del derecho desarrollado en este compendio.

Dicha línea de pensamiento filosófico se basa en el humanismo occidental, que –pese a contener distintas corrientes– tiene una línea de pensamiento epistemológico (cómo conocemos) y antropológico (cómo entendemos al hombre y el recto obrar) que en algunas épocas fue mayoritario y en otras minoritario. Esta línea antropológica y epistemológica adopta tesis de los estoicos, la figura más relevante en Grecia es Aristóteles, sin olvidar a Platón y Plotino. De Roma, menos dada a la filosofía, recoge la herencia de su *humanitas* y se manifiesta en los juristas roma-

nos, en Cicerón y en Séneca, por citar solo algunos. En la Edad Media el autor más importante es Tomás de Aquino y después los seguidores de la filosofía perenne, hasta nuestros días con filósofos de la talla de Gilson, Maritain, Pieper, etc. De la Ilustración toma el desarrollo de los derechos humanos (no su noción ni su fundamento).

En síntesis, apuntamos algunos de los principales aspectos epistemológicos y antropológicos:

Nuestra mente está abierta al conocimiento del ser y no se limita a lo fenoménico, sino que penetra más allá y alcanza la esencia y la naturaleza. Nuestra razón puede conocer más adentro que lo físico de los seres, esto es, su dimensión metafísica. Lo veíamos en Arquitas de Tarento y es piedra angular de la filosofía de Aristóteles, de Tomás de Aquino y de los filósofos posteriores sin fisuras hasta Kant.

El hombre, aunque no esté libre de errores, es capaz de conocer la verdad –a través de la razón, mejor sería decir verdades–, aunque hay un amplísimo campo de suyo opinable y de ahí la distinción entre *verdad* y *opinión*. Así, que la razón deduzca que la virtud de la justicia –no otras nociones– consiste en dar a cada uno lo suyo es una verdad; que a partir de ahí construya el realismo jurídico clásico o el normativismo son opiniones. En todo caso, estamos en presencia del optimismo racional.

En el plano moral hay bien y mal objetivos, cosas de suyo buenas y cosas de suyo malas, a la vez que hay muchas cosas de suyo indiferentes, de donde cabe la multiplicidad de opciones. La opción deja de ser indiferente cuando hay un imperativo que manda o prohíbe en razón del bien común o personal; así, que los automóviles circulen por la izquierda o por la derecha es de suyo indiferente, pero deja de serlo cuando la ley prescribe una opción, de modo que transgredir esa norma puede constituir una conducta suicida u homicida, como es bien sabido.

De lo anterior, deriva que el hombre debe guiarse por la recta razón –la *recta ratio* u *óρθος λόγος* de los clásicos–, por la que conoce el bien moral. Es otro aspecto del optimismo racional, de la seguridad de que la razón natural es capaz de conocer la verdad y el bien, aunque a veces yerre.

El hombre es persona o ser dotado de dignidad ontológica, por lo cual tiene por naturaleza unas dimensiones de lo justo y de lo injusto inherentes a esa dignidad. Son los que se llaman derechos y deberes naturales y, también, derechos humanos.

Toda construcción científica tiene que ser *realista*, es decir, partir de hechos, de la experiencia, no de una teoría.

### *Filosofía y experiencia*

Aquí tenemos que detenernos un momento para señalar la relación entre filosofía y experiencia.

Como sea que la filosofía tiende a los principios supremos y últimos de lo real tiene una tendencia a sobrepasar la experiencia pues esos principios (también llamados primeros principios) son metaempíricos y accesibles solo a la razón.

No han faltado ciertamente corrientes empiristas y sensistas que reducen todo conocimiento a la experiencia, pero si advertimos que esta reducción no es experimental sino racional –metaempírica–, pues ninguna ciencia empírica está en condiciones de proporcionar tal deducción, se debe concluir que la filosofía traspasa la experiencia. Ni puede ser de otro modo, pues los primeros principios y las causas primeras son, por definición, metaempíricas, puesto que los principios y causas empíricos son los principios inmediatos y segundos, esto es, los propios de las ciencias y ya se ha dicho que la filosofía es un conocer metacientífico. Para negar esto, hay que negar la filosofía, conclusión a la que algunos autores –como Comte– han llegado; solo que, como se ha apuntado, esa negación ya es una proposición filosófica.

Mas el conocimiento filosófico no está desligado de la experiencia sensible. El intento idealista de una construcción filosófica separada de la experiencia no es aceptable por lo que tiene de ruptura de la unidad de lo real. El ser es uno –la unidad es un trascendental del ser– y, por lo tanto, en los seres de nuestro universo la dimensión empírica y la metaempírica no constituyen dos mundos –el del espíritu y el de la naturaleza– separados y estancos, sino un solo mundo: el de lo real existente. En esta unidad, lo metaempírico está implicado en lo empírico, pues la dimensión empírica y la metaempírica son dimensiones inmanentes de la misma realidad. A su vez, la unidad del ser humano, en cuanto cognoscente, implica la unidad del proceso natural de conocimiento desde los sentidos al intelecto, de lo sensible a lo inteligible; por eso, aun las

sustancias espirituales solo son accesibles al conocimiento humano por su huella o vestigio en la experiencia.

En suma, lo metaempírico no nos es accesible directamente, sino por medio de la experiencia sensible. Nada llega a nuestro conocimiento si no es a través de los sentidos. Por lo tanto, la filosofía parte de la experiencia sensible –del conocimiento experimental– de lo real y en ella se funda. Así pues, la filosofía depende, hasta en sus dominios más inmateriales, de los sentidos como primeras condiciones del saber. Por eso el principio del filosofar es la observación.

Pero la filosofía no se queda en la experiencia, la cual no es sino una condición del saber filosófico. Desde esa experiencia la filosofía penetra en lo metaempírico, pues en ella se encuentra contenida la inteligibilidad de lo real. La filosofía parte de la experiencia para captar, en esa misma experiencia, las causas y los principios que constituyen su objeto propio, el cual es inteligible y no sensible.

Obsérvese bien, la filosofía conoce, no desde fuera o con independencia de la experiencia, sino desde la experiencia. Pero en esta experiencia misma y desde el momento en que existe, están implicados datos no sensibles, o sea, lo inteligible de lo real, a saber, los esquemas más generales o categorías del mundo de los fenómenos y los primeros principios del ser, que es a lo que llega el saber filosófico. Todo el conocimiento filosófico, pues, comienza por la experiencia sensible; mas lo que la inteligencia busca encontrar a través de esa experiencia es lo inteligible. Por consiguiente, aun el más elevado objeto del saber filosófico –Dios y sus atributos–, está incluido primero en la experiencia, a título de exigencia inteligible de lo real aprehendido por los sentidos (Jolivet). Según lo visto, la mejor filosofía es realista.

### *Principios filosóficos básicos*

En orden a resolver importantes problemas de filosofía del derecho haremos referencia a tres principios filosóficos básicos: participación, analogía y finalidad.

El principio de *participación* es consecuencia de observar que los seres de nuestro universo no tienen el ser por sí mismos; esto es, no se

dan el ser sino que lo tienen recibido y que hay grados de ser. Así los entes inanimados tienen un grado de ser ínfimo, mientras que los animados –los que poseen vida– participan del ser y de sus perfecciones en un grado mayor progresivo: vegetales, animales, hombre (varón y mujer). Puesto que nuestro universo participa del ser y no lo tiene por sí, infiérese la existencia del Ser subsistente por sí mismo –nombre de Dios– que es el ser en su plenitud y perfección. Del Ser subsistente participan los demás seres y tienen su origen en él por creación. Al mismo tiempo, el ser subsistente es el ejemplar de todos los seres y de sus perfecciones. Lo dicho da lugar a la *analogía*. Puesto que hay grados de ser y de sus perfecciones, el ser no se predica del mismo modo en todos los entes, sino en varios grados que son análogos, esto es, en parte igual y en parte distintos. Ya notaba Aristóteles que el ser se dice de muchas maneras. El Ser subsistente por sí mismo, increado y sin origen –eterno–, es el Absoluto, pero como origen de todos los seres todos contienen en él su huella o vestigio –recuérdese al aforismo *causa efficiens importat quendam influxum in esse causati*, la causa eficiente produce cierto influjo en el ser causado– y, por lo tanto, son verdaderos seres y tienen verdaderas perfecciones, en sentido análogo. Su ser y sus perfecciones no se predicán del mismo modo entre sí y sobre todo respecto del Ser subsistente. Esta es la *analogia entis*, la más radical analogía, pero la noción de analogía está presente en otros órdenes, como se verá al estudiar la noción de derecho.

El tercer principio básico es el de *finalidad*. Todo ser y toda acción inteligente están ordenados a un fin. Ese fin representa su sentido. A veces se oye la queja de una persona que dice que no encuentra sentido a su vida; esto es producto de desconocer el fin del ser humano, de sus acciones y de sus perfecciones y una enfermedad del alma de difícil o fácil –según las circunstancias de la persona– curación.

El fin supone la ordenación del ser a su perfección y esa ordenación representa un factor esencial suyo. La desordenación respecto de su fin que afecta a su esencia corrompe al ser y a la acción, que dejan de ser tales para convertirse en su corrupción. Así, el ojo que padece desordenación parcial o total no ve bien sin ayuda o está ciego.

El principio de finalidad, sin negar que hay cosas dejadas al azar, es en sí mismo un principio total: todos los seres están ordenados a un fin



y, por lo tanto, tienen su sentido, aunque en contadas ocasiones no sea fácil descubrirlo.

### *Filosofía especulativa y filosofía práctica*

La filosofía se divide en filosofía *especulativa* y filosofía *práctica*. La primera tiene por objeto el conocimiento del ser y los principios del conocimiento. En primer lugar, la filosofía especulativa intenta mostrar la más íntima realidad de las cosas, qué son en último término los entes y cuál es su sentido, así como sus últimas causas. Se trata –como hemos dicho– de un conocimiento de los entes que va más allá del conocimiento científico.

Por otra parte, la filosofía especulativa estudia el conocimiento, intenta conocer el modo de conocimiento. Pertenece, pues, a la filosofía especulativa la gnoseología o teoría del conocimiento; investiga, en suma, cómo participan nuestros sentidos y nuestra razón en la obtención del saber y en qué grado se puede llamar saber a nuestro conocimiento.

Lo que distingue a la filosofía especulativa es que se termina en el puro conocer. Es pura contemplación. No se ordena, pues, a la acción –al obrar o al hacer– sino al solo saber.

Caracteriza a la filosofía práctica su ordenación a la acción, al obrar y al hacer. Busca los principios fundamentales que rigen la acción humana, la sabiduría en el actuar. Es la sabiduría práctica que conduce a obrar sabiamente.

La filosofía práctica –además del arte o la técnica– tiene por objeto la conducta humana, no tanto como hecho describible (lo cual es propio de la ciencia empírica), cuanto como deber-ser (ética). Lo propio de la filosofía práctica consiste en que el hombre sepa actuar y vivir de modo que alcance su perfección personal, su realización como persona. Su objeto es el recto obrar y el buen vivir del hombre. Su concepto fundamental no es el de ser, sino el de bien o valor y, consecuentemente, el de virtud. Temas centrales de la filosofía práctica son los de la libertad y la ley, así como el del deber.

### *Descripción de la filosofía del derecho*

De acuerdo con todo lo expuesto, se puede decir que por filosofía del derecho se entiende *el conocimiento de la realidad jurídica en sus últimas causas y en su más íntimo ser*.

La ciencia jurídica nos da a conocer la realidad jurídica tal como se encuentra positivizada y formalizada. A través de ella conocemos, pues, la realidad jurídica en sus causas próximas e inmediatas y según nos aparece de acuerdo con las fuentes positivas: legislación, jurisprudencia de los tribunales, contratos, etc. Por su propia índole, la ciencia jurídica no penetra en las últimas causas ni en la más íntima esencia de la realidad jurídica. No responde a los más altos y profundos interrogantes acerca del ser del derecho y de sus últimas causas, ni de los principios supremos del ordenamiento jurídico. Se trata, en consecuencia, de un conocimiento insuficiente y radicalmente insatisfactorio. Junto al conocimiento científico, cabe el saber filosófico de la realidad jurídica. Este conocimiento filosófico es aquel que constituye la filosofía del derecho.

Como saber filosófico que es, la filosofía del derecho es el conocimiento metacientífico de este. Es un conocimiento superior y más profundo que el conocimiento científico.

Si se entiende que este conocimiento metacientífico —más allá de lo fenoménico y positivo— no es posible o es de dudosa fiabilidad, como algunos sostienen aunque no acertadamente —porque esa negación es ya filosófica o metacientífica—, la conclusión coherente es negar la filosofía del derecho, pero no es aceptable atribuirle estudios y obras que no traspasan el nivel fenoménico y positivo, como son muchos trabajos de metodología, análisis del lenguaje, teoría general, etc. Para tales tipos de trabajos han nacido algunas disciplinas científicas, como la metodología jurídica, la teoría general del derecho (*Allgemeine Rechtslehre*) y en tiempos recientes, la teoría del derecho (*Rechtstheorie*). Otra cosa representa una ilegítima transmutación de la naturaleza de la filosofía del derecho.

### *El origen del nombre y la formación de la disciplina*

El pensamiento filosófico sobre el derecho apareció con la filosofía griega, en la que encontramos ya disquisiciones sobre el derecho y

la justicia –v. gr. en, Platón y Aristóteles–, cuyo interés y a veces validez no ha decaído hasta hoy. También la otra gran corriente filosófica posterior de la Edad Media y parte de la Edad Moderna, la escolástica, contiene observaciones y pensamientos sobre el derecho y la justicia que han tenido grandes repercusiones en la filosofía del derecho. De entre los escolásticos, Tomás de Aquino presentó un sistema bastante completo de la disciplina, bien que fragmentado en distintas partes de su obra, que ha tenido seguidores hasta hoy. En este sentido, el filosofar sobre el derecho se encuentra, desde los orígenes de la filosofía, a lo largo de toda la historia de ella. Sin embargo, toda esta filosofía sobre el derecho se halla dentro de obras, tratados y comentarios de diversa índole, sin que hasta el siglo XIX apareciesen tratados específicos bajo el título de filosofía del derecho. Y aún este término no se encuentra utilizado –al menos no se conoce hoy su uso– hasta el siglo XVII, por lo demás muy esporádicamente, de modo que hasta el siglo XIX no obtiene carta de naturaleza. ¿Cómo aparece el nombre y cómo surge la filosofía del derecho como rama autónoma de la filosofía?

Entre los tratadistas de filosofía del derecho que han aludido a estas cuestiones –relativamente pocos– se halla extendida una especie de sentencia común, que podría resumirse así: hasta el siglo XIX el nombre clásico de la disciplina sería «ciencia del derecho natural» –*iuris naturalis scientia*– y sus cultivadores no habrían tocado otro tema que el derecho natural: *ius naturae* o *Naturrecht*. Con el advenimiento de la negación del derecho natural y el repudio del racionalismo –la Escuela histórica y el incipiente positivismo jurídico– esos tratados se habrían transformado en disquisiciones filosóficas sobre el derecho positivo y habrían cambiado el nombre clásico anterior de esta ciencia por el de filosofía del derecho (*Rechtsphilosophie*).

Aunque hay en esta sentencia común ciertos atisbos de verdad, en conjunto no responde a los hechos históricos, pues cae en un grave error: confundir lo ocurrido desde la segunda mitad del siglo XVII hasta finales del siglo XVIII, durante el florecimiento de la Escuela moderna del Derecho Natural, con la historia anterior de más de veinte siglos. Hasta el surgimiento del iusnaturalismo moderno, propiamente hasta Pufendorf (1632-1694), no hay en sentido estricto manuales o tratados de derecho natural –aunque pueden señalarse algunos antecedentes–, ni se habló de la *scientia iuris naturalis* como de una disciplina autónoma. Y por otra parte, no estudiar otro tema que el derecho natural fue propio de los tratados de

«Derecho Natural» de la Escuela moderna –cosa lógica si eran tratados de esa disciplina–, pero no de los autores anteriores. Por ejemplo, Tomás de Aquino trató de la ley y el derecho en general, de la ley y el derecho naturales y de la ley y el derecho positivos; ni el tratado de la ley natural ni el del derecho natural ocupan especial espacio o se les presta particular atención en sus obras, que, por lo demás, no son de filosofía, sino de teología; y desde la perspectiva de la teología moral –no de la *iuris naturalis scientia*– trató de cuestiones particulares del derecho y de la justicia. Lo mismo cabe decir de los tratados *de iustitia* y *de iure* o *de legibus* de la Escolástica española, lo más parecido a lo que luego serían los tratados de filosofía del derecho; todos estos autores tratan equilibradamente sobre la noción de derecho y de ley, del derecho natural y del derecho positivo, es decir, hicieron filosofía del derecho; las cuestiones particulares del derecho y la justicia los trataron según la teología moral.

Para la época anterior al iusnaturalismo moderno, no cabe hablar de una disciplina llamada «Derecho Natural», ni a lo que los autores hicieron se le puede llamar «ciencia del derecho natural». Hicieron filosofía jurídica, sin que aparezca el nombre de filosofía del derecho hasta el siglo XVII y sin que constituyese una disciplina autónoma.

Los primeros tratados que recibieron el nombre de filosofía del derecho aparecieron, entre el ocaso del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en el ámbito universitario y científico de lengua alemana, que es donde antes se extendieron y se desarrollaron la filosofía trascendental o crítica de Kant, los primeros brotes del positivismo y la Escuela histórica, causas de la nueva denominación.

La denominación «filosofía del derecho» –en alemán *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie*– obedeció a un cambio de orientación doctrinal de la disciplina «Derecho Natural» –*Ius Naturae* o *Naturrecht*– y, por lo tanto, de sus manuales y tratados operado en Alemania a finales del siglo XVIII. Fue una evolución terminológica que tuvo lugar en habla alemana –que por esa época sustituyó definitivamente al latín como lengua universitaria o culta en dicha nación–, al calor de importantes cambios de pensamiento filosófico. Yendo al punto clave, lo que ocurrió fue el advenimiento y generalización de la tesis que negaba que el derecho natural fuese verdadero derecho, bien admitiendo que el derecho natural es otra cosa (kantianos), bien negando pura y simplemente –también contra la postura kantiana– que existía el derecho natural (Hugo, Klein, Stephani, Thibaut y la Escuela histórica). Cambiado sustancialmente el sustrato

filosófico –y con él el modo de entender la disciplina– los profesores y tratadistas de la asignatura universitaria «Derecho Natural» buscaron de diversas formas mostrar la nueva orientación de la disciplina, mediante subtítulos y finalmente cambiando la denominación, tanto de los cursos que se daban como de los tratados y manuales, terminando por imponerse el nombre de «filosofía del derecho». Para entender el cambio operado es conveniente referirse a la situación anterior.

Uno de los principales rasgos de la teoría clásica del derecho natural –la que va de Aristóteles, los juristas romanos y Tomás de Aquino hasta la Escuela española del Derecho Natural con continuadores hasta nuestros días– es la de tener el derecho natural como una parte del derecho vigente: verdadero derecho, pues, y un tipo o clase de derecho. Como parte del derecho vigente, el estudio de sus principios y reglas correspondió a los juristas –a la ciencia del derecho– y, por ello, aparecía mezclado con el derecho positivo en las obras de estos. Asimismo los moralistas estaban interesados en el derecho natural, que también aparece en sus obras mezclado con datos bíblicos y de derecho positivo.

A partir el siglo XVI, con el humanismo jurídico y por causa de las condiciones sociales y políticas de la época, aumentó el interés por el derecho natural, en el que se creyó encontrar, por una parte, el sistema de relaciones con los pueblos no cristianos (principalmente las Indias) y, por otra, la solución para superar las guerras de religión. Nacieron así obras jurídicas en las que el derecho natural adquirió gran relevancia. Tal es el caso del español Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) y del holandés Hugo Grocio (1583-1654), quien además inauguró la concepción inmanentista del derecho natural. Las obras de estos autores fueron obras de jurisprudencia, al estilo del humanismo jurídico –sin ser manuales de derecho natural–, en las que el *ius naturale* siguió siendo entendido como verdadero derecho.

La situación cambió en parte con la aparición del llamado «iusnaturalismo» o iusnaturalismo moderno, también conocido como Escuela moderna del Derecho Natural. De un lado, los filósofos y pensadores políticos (Hobbes, Locke, Spinoza, etc.) trataron del derecho natural y lo utilizaron para sus construcciones filosófico-políticas. De otro, a partir de 1661 en Heidelberg, se crearon cátedras universitarias de «Derecho Natural», con la consiguiente producción –abundante– de tratados y manuales *de iure naturale et gentium*, que ocuparon parte del siglo XVII y todo el siguiente XVIII. Pero ¿qué era ese derecho natural y quiénes los iusnaturalistas?

Algunos de esos iusnaturalistas eran juristas (v. gr., Heineccio), otros eran filósofos (v. gr., Wolff). A la disciplina se le dio con cierta frecuencia el clásico nombre de la ciencia del derecho, y se habló de *jurisprudencia divina* o *jurisprudencia naturalis*, mas ¿era la *iuris naturalis scientia* verdadera jurisprudencia o ciencia del derecho? Lo fue en los autores anteriores, desde los juristas romanos, que construyeron un derecho natural alegable ante los tribunales y factor de interpretación del derecho; se ve continuamente en la compilación justiniana, en la obra de los juristas europeos y en la práctica de los tribunales de su tiempo y utilizable en las soluciones de derecho para la práctica jurídica. Eso no es precisamente lo que hicieron los iusnaturalistas modernos. Su tarea no consistió en determinar el derecho natural alegable ante los tribunales. Lo que buscaron fue un *sistema de derecho* conforme con la razón, deducido de ella, que en no pocos tenía vocación reformista respecto del derecho establecido. Surgió así la idea –ajena a la época anterior– de la existencia de *dos sistemas jurídicos*: el natural y el positivo. Para las coordenadas del siglo XVIII, esto suponía un derecho racional, obtenido por las luces de la razón, opuesto en cierta medida al derecho tradicional. Era implícitamente una tendencia *revolucionaria*, que en política condujo a la caída del Antiguo Régimen, y en derecho, a las importantes innovaciones del período de la codificación.

El sistema de derecho natural moderno se entendió deducido por la razón, a partir de la naturaleza del hombre: ley natural, derechos y deberes naturales se deducían racionalmente, partiendo de principios supremos inherentes al rasgo fundamental de la naturaleza humana, que según cada escuela o autor constituía la base del sistema: la socialidad, la debilidad del hombre en el estado natural, la libertad natural. De los tres cabezas de escuela –Pufendorf, Thomasio y Wolff– fue este último quien llevó al máximo el racionalismo que, en uno u otro grado, es común a ellos. Para Wolff el sistema de derecho natural era un conjunto de reglas lógicas deducidas –con exclusión de todo elemento inductivo o empírico– por una serie continua de raciocinios. En esta concepción wolffiana se formó Kant, quien utilizó como manual de explicaciones universitarias el libro de Achenwall, discípulo de Wolff.

Que este derecho natural se entendía como realmente existente y, por lo tanto, vigente no ofrece duda. Mas tal sistema, ¿era entendido como genuino derecho?; y la operación racional deductiva ¿era apreciada como genuina jurisprudencia? Tales preguntas no aparecen formuladas con esa claridad en los autores, pero implícitamente –y en ciertos aspectos de

modo explícito— las respondieron. Hay autores para quienes la respuesta afirmativa parece encontrarse en el modo como tratan el derecho natural. Pero no debe olvidarse que dos de los mayores representantes del iusnaturalismo moderno, Hobbes y Thomasio, dieron una respuesta negativa: la ley natural no es derecho sino moral. Y con ellos muchos autores. Correlativamente, la *scientia iuris naturalis* no se entendía como jurisprudencia sino como filosofía moral.

La definitiva conversión de la *jurisprudentia naturalis* en filosofía fue debida a Kant. En 1783, cuando aún el filósofo alemán no había publicado los escritos donde desarrolló sus tesis sobre el derecho, un autor conocedor de la filosofía trascendental o crítica, Johann August Heinrich Ulrich, publicó un manual de derecho natural, con el expresivo título de «*Initia philosophiae iusti seu iuris naturae socialis et gentium*» donde escribía que el derecho natural es filosofía.

¿Cómo se produjo esa conversión? Hemos visto que Wolff —autor de cuya filosofía partió Kant y que abandonó al despertar de su «sueño dogmático»— había entendido el derecho natural como un sistema de deducciones lógicas, obtenidas por raciocinio, excluido todo elemento empírico. Pues bien, en la filosofía crítica de Kant tal tipo de elementos racionales eran interpretados como formas puras *a priori* de la razón práctica, vacías de toda procedencia empírica: las reglas de derecho natural fueron sustituidas por los principios *a priori*. El derecho natural ya no era entendido como derecho, sino como formas y principios *a priori* del derecho; el sistema de reglas y derechos naturales debía ser sustituido por el estudio de dichas formas y principios: la idea de derecho, la idea de justicia y los principios *a priori* de la legislación. Correlativamente, el conocimiento del derecho natural así entendido no es jurisprudencia, sino filosofía.

El derecho natural quedó completamente transmutado. De momento, en Kant y en la escuela kantiana primitiva, la terminología se conservó, pero ni el derecho natural se entendía como hasta entonces ni la disciplina podía conservar su contenido. Por consiguiente, el «Derecho Natural» o *Naturrecht* era, en realidad, una asignatura nueva.

A esto hay que añadir que los destellos de positivismo que se encuentran en Hobbes y en Thomasio germinaron en la negación del derecho natural —no aceptado ni siquiera bajo la forma trasmutada de la filosofía kantiana— en una serie de autores, de los cuales el primero fue Hugo. ¿Qué podía ser el *Naturrecht* bajo esa perspectiva positivista? La respuesta coincidió en esto con la kantiana: filosofía del derecho. Y como se entendía

que no hay más derecho que el derecho positivo, la filosofía del derecho debía ser filosofía del derecho positivo, *Philosophie des positiven Rechts*; así llamó Hugo a su tratado de derecho natural, aparecido en 1799. Años después utilizó una expresión similar Anton Friedrich J. Thibaut: filosofía de la ley positiva. Tal denominación no tuvo éxito, por resultar entonces obsoleto en lengua alemana hablar de derecho positivo.

Así pues, kantianos y positivistas –también para los autores de la Escuela histórica– el *Naturrecht* era filosofía sobre el derecho. Por eso añadieron al título de *Naturrecht*, que seguían conservando sus cursos universitarios y manuales, algún adjetivo o un subtítulo, que mostrase la nueva orientación. Entre estos, dos terminaron por imponerse: *Philosophie des Rechts* y *Rechtsphilosophie*: ambos significan lo mismo: filosofía del derecho o filosofía jurídica.

La expresión *Philosophie des Rechts*, sin alusión al *Naturrecht*, apareció en 1793 en un documento oficial y en 1800 ya en el título de una obra, *Aphorismen zur Philosophie des Rechts* de Wilhelm T. Krug, editada en Jena. También fue usada por Stahl, por Hegel, y por algunos autores más, pero cayó en desuso, no sin alguna excepción moderna. El término que prevaleció fue el de *Rechtsphilosophie*; utilizado por Schmalz, Droste-Hülshoff, Warnkönig, Michelet, Knapp, Lasson, Bergbhom y otros, terminó por generalizarse. De Alemania pasó al resto de los países la denominación correspondiente en cada lengua; en España: filosofía del derecho.

Como hemos dicho, con la denominación se modificó el contenido; fue precisamente el cambio de contenido lo que provocó el cambio de nombre. Ese contenido varía según el sistema filosófico que es punto de partida de cada autor. Pero frecuentemente –aunque con matices diferentes– el contenido de la filosofía del derecho suele entenderse como integrado por las siguientes cuestiones: concepto o idea de derecho (*problema ontológico*), principios de valoración o que deben informar la legislación en razón de la justicia (*problema ético*) y conocimiento jurídico (*problema gnoseológico*). Con todo, hay quienes extienden este contenido y quienes lo reducen.

### *El objeto formal de la filosofía del derecho*

Las ciencias y los saberes se distinguen y, sobre todo, se especifican por su perspectiva formal de consideración, su objeto formal. Decir que



se especifican es tanto como afirmar que de dicho objeto, junto con la realidad u objeto material que observa, toman su esencia. Corresponde ahora exponer el objeto formal de la filosofía del derecho, lo que le constituye en un saber autónomo, es decir, en una rama específica de la filosofía.

Lo que caracteriza formalmente a la filosofía del derecho es que es *jurídica*, esto es, que estudia la realidad en cuanto jurídica, o dicho de modo más gráfico, que estudia el derecho *en cuanto objeto del oficio del jurista* —no en cuanto factor político o ético— y, por ello, es una rama específica de la filosofía, distinta en consecuencia de la filosofía política y de la filosofía moral o ética. El derecho, además de otros modos que no son del caso, puede estudiarse como fenómeno político-social (instrumento y límite del poder, elemento del Estado) y en relación con la ética (teoría moral de la justicia y conductas éticamente justas); en un caso es objeto de la filosofía política, en el otro lo es de la filosofía moral. Ninguna de estas orientaciones es propia de la filosofía del derecho, que se distingue por su perspectiva jurídica. Esta última se refiere a *la perspectiva del jurista* (que se distingue del político y del moralista). ¿Quién es el jurista? El jurista es el que trata del derecho desde la perspectiva de su cumplimiento o satisfacción. Esta es la perspectiva de la filosofía jurídica. La filosofía del derecho es la filosofía sobre la realidad jurídica desde la perspectiva del oficio del jurista. Cuando se filosofa sobre la realidad jurídica desde una perspectiva jurídica (en cuanto objeto del oficio del jurista), la filosofía se hace jurídica, esto es, filosofía del derecho. La filosofía del derecho es filosofía jurídica.

Los saberes filosóficos requeridos por la filosofía del derecho son múltiples, pero hay una unidad formal: la perspectiva jurídica. Ello permite a la filosofía del derecho constituirse en una ciencia filosófica unitaria.

Esto pone de manifiesto cuán importante es para la filosofía del derecho mantenerse rigurosamente en los términos de esa formalidad, sin decantarse hacia la filosofía política o hacia la filosofía moral, las dos perennes tentaciones del filósofo del derecho.

Por eso no puede juzgarse correcta la derivación que hacia la ética se observa ahora en una serie de filósofos del derecho, por influencia —sobre todo— de la doctrina ética anglosajona; la filosofía jurídica no debe

confundirse con la filosofía moral. Curiosa coincidencia la que se está produciendo –en este punto– entre neocontractualistas, analíticos y anti-metafísicos con la neoescolástica: la confusión entre ética y filosofía del derecho. Tampoco la filosofía del derecho es filosofía del Estado, como han pretendido algunos, atribuyéndole cuestiones y temas propios de la filosofía política. Mezclar la filosofía del derecho con la filosofía política o la filosofía moral, destruye su especificidad.

### *Dimensión especulativa y dimensión práctica de la filosofía del derecho*

La realidad jurídica es, sobre todo, una *praxis*: la realización del derecho (desde el punto de vista de la norma, su cumplimiento). Por eso, la ciencia del derecho es ciencia de la conducta humana, cuyo núcleo central es la acción jurídica o acto de dar satisfacción al derecho; por decirlo con otras palabras, es la conducta que cumple y satisface el derecho. Esta conducta o actuación requiere un saber inmediatamente práctico o ciencia de la acción humana. En esta misma línea del saber jurídico ordenado a la realización del derecho, cabe un «momento científico-académico» o ciencia del derecho en sentido estricto; ese conocimiento es general y con cierto grado de abstracción (la academia jurídica), pero está directamente dirigido a la realización del derecho, aunque no sea inmediatamente práctico: es un saber especulativamente práctico. Por decirlo con ejemplos, el arte del derecho o jurisprudencia es el arte del juez; la ciencia del derecho es el saber propio del jurista académico (v. gr., el que compone un tratado). Arte del derecho y ciencia jurídica son dos niveles del «saber jurídico» o ciencia jurídica en sentido amplio; ambos están íntimamente unidos, porque son dos grados del saber jurídico o ciencia de la realización del derecho, ciencia de la práctica jurídica.

La filosofía del derecho, en cambio, no es un nivel del conocimiento jurídico o ciencia del jurista, sino una ciencia filosófica autónoma. Esto nos lleva a considerar a la filosofía jurídica como una ciencia especulativa. Lo cual quiere decir que la misión de la filosofía del derecho consiste en *conocer* –por sus últimas causas y en su íntimo ser– la realidad jurídica, pero no tiene la misión de *construirla* o *realizarla*. Estudia el derecho, pero no lo realiza.

Pero esto no significa que no tenga una vocación crítica y valorativa, y por lo tanto, que no se oriente a la mejora y transformación de la realidad jurídica. El saber teórico y el saber práctico no se distinguen por el desinterés del primero por la *praxis*. Lo que los distingue es que el saber práctico es conocimiento del obrar y del hacer y el saber teórico es conocimiento de los presupuestos, del fundamento y del sentido de la acción, por lo cual critica, valora, fundamenta y da sentido a esta. En este orden de cosas, el saber teórico es enormemente útil para el saber práctico. La matemática, saber ejemplarmente especulativo, es un claro exponente de la utilidad de lo especulativo para la práctica.

Precisamente porque la filosofía del derecho conoce la realidad jurídica en su radicalidad y utilidad, proporciona a la ciencia jurídica sus últimos fundamentos y sus supremos principios y es capaz de ejercer una función crítica y valorativa de la ciencia del jurista. En este sentido, la filosofía del derecho tiene una inestimable dimensión práctica.

### *Función y sentido de la filosofía del derecho*

La filosofía del derecho tiene respecto de la ciencia del derecho una función fundadora y crítica. En primer lugar, una función fundadora. La filosofía del derecho proporciona a la ciencia del jurista los conocimientos metacientíficos básicos y fundamentales que ella no es capaz de obtener por su estatuto epistemológico, pero que le son necesarios para conocer correctamente la realidad jurídica. Si puede hablarse de una relativa suficiencia de la ciencia jurídica para alcanzar su finalidad, no menos verdad es su radical incapacidad para proporcionarse el conocimiento de la última realidad del hecho jurídico: en este sentido, hay una dependencia de la ciencia del jurista respecto de los fundamentos filosóficos de la realidad jurídica, que es lo que proporcionan la filosofía del derecho, y en última instancia, las demás ciencias filosóficas.

En segundo término, la filosofía del derecho critica y valora el hecho jurídico tal como aparece en sus fuentes de positivación y formalización. Como conocimiento superior, que alcanza los principios supremos y el más íntimo ser de la realidad jurídica, la filosofía del derecho es capaz de juzgar y valorar un ordenamiento jurídico dado, según su corrección

o incorrección de acuerdo con las exigencias más fundamentales del ser de la persona humana y de la vida social.

Así pues, la filosofía del derecho es el complemento necesario de la ciencia jurídica, de modo que el estudio del derecho queda incompleto si no alcanza el nivel filosófico. Por eso, aunque fuese sumariamente, los juristas –hasta la aparición del positivismo– solieron comenzar sus tratados con unos elementales principios de filosofía jurídica: noción de derecho, noción de justicia, definición de la ciencia del derecho, división entre derecho natural y derecho positivo, noción de ley, etc. Tal vemos en el inicio del *Digesto* y de las *Instituciones* de Justiniano y en todos los comentarios del *Corpus Iuris Civilis*.

Es lógico que así sea, porque la ciencia jurídica depende del sistema filosófico. La filosofía del derecho proporciona al jurista la explicación última de la realidad jurídica, su más profundo sentido y su más alta orientación. Y, por lo tanto, ningún sistema científico está desconectado ni es independiente de algún sistema filosófico. Tanto la interpretación del derecho como la forma de desarrollar la función del jurista dependen de la filosofía.

A algunos juristas les puede parecer que no es así. A ellos les basta –dicen– saber las leyes y aplicarlas. Pero esta actitud es ilusoria. Tal actitud presupone ya una filosofía del derecho: el positivismo legalista. Así como todo hombre tiene una filosofía, aunque rudimentaria y vulgar (es decir, no científicamente estructurada), así también todo jurista opera con rudimentos filosóficos, a veces con contenidos poco coherentes entre sí. La pretensión de estar libre de la filosofía jurídica es una pretensión vana. Son muchas las decisiones jurídicas que dependen de unos supuestos filosóficos. Por ejemplo, el derecho penal no es inteligible si no se parte de que el hombre es libre; los contratos suponen que el hombre tiene una capacidad de compromiso, etc.

Que el jurista se limite a unos rudimentos filosóficos implícitos no es una situación deseable. Para ejercer con competencia, con sentido y con conocimiento de causa su oficio es necesario que el jurista alcance en un grado aceptable el saber filosófico, debe conocer con cierta hondura la filosofía del derecho. Ello no significa otra cosa que reflexionar sobre el propio oficio del jurista, su naturaleza, su objeto, su estatuto epistemológico; como supone reflexionar sobre la naturaleza y finalidad de las leyes, cuya interpretación es parte primordial de su oficio.

El saber filosófico del derecho enriquece el oficio del jurista. Le da profundidad, le ilumina con luces nuevas, le da mayor penetración, le proporciona un conocimiento más completo de las soluciones de derecho y le permite huir de las falsas soluciones asentadas en prejuicios implícitos y a veces inconscientes.

### *Filosofía del derecho y experiencia jurídica*

Puesto que la filosofía del derecho llega a las últimas causas y supremos principios de la realidad jurídica, es un conocimiento racional metaempírico, que va más allá de la experiencia jurídica. Pero, como ya se puso de relieve al tratar de la filosofía y la experiencia, el saber filosófico parte de la experiencia, de los datos empíricos, y, por consiguiente, la filosofía jurídica toma como punto de partida necesario la experiencia jurídica. No es un sistema forjado por la razón sobre formas *a priori*, ni un producto de la razón libre de contaminación con la experiencia. No se construye sobre ideas puras o ideales del derecho y de la justicia, ni tiene por objeto tales ideas o ideales. Parte de la realidad jurídica conocida como experiencia y de allí llega a conceptos y principios metaempíricos contenidos en la realidad jurídica, como dimensión metaempírica suya. La filosofía del derecho se construye sobre realidades y alcanza lo metaempírico de lo real.

La filosofía del derecho no tiene por objeto *ideales*, sino *realidades*. Ciertamente se trata de dimensiones que trascienden la experiencia, porque la realidad no es solo lo empírico; pero todo cuanto alcanza parte de la experiencia: la experiencia jurídica. De ahí que la filosofía del derecho deba partir de unos hechos: la vida del foro, el reparto de las cosas, la legislación vigente, etc. Por eso, para una correcta elaboración de un sistema de filosofía jurídica es fundamental la correcta detección de los hechos objeto de observación, o lo que es lo mismo, la correcta delimitación del objeto material: sobre qué parcela de la vida social filosofa la filosofía del derecho (la *praxis* jurídica o realización y cumplimiento del derecho).

Naturalmente que en la investigación filosófica se elaboran conceptos, se captan principios y se establecen relaciones, que son productos

de razón, pero todos ellos tienen su fundamento real y son expresión de la realidad. Así el concepto de derecho o la noción de justicia, lejos de ser formas puras *a priori*, son conceptos y nociones *a posteriori*, que no expresan ningún ideal, sino lo universal realizado en lo real particular y abstraído de este.

La filosofía del derecho no es una construcción racional, desvinculada de la experiencia, sino filosofía de la experiencia jurídica.

## II. EL OFICIO DE JURISTA

### *Premisa*

Se ha visto que el objeto material de la filosofía del derecho –el sector de la vida humana que estudia– es el mundo del derecho, esto es, la vida del foro, de la dinámica de satisfacción del derecho, de cumplimiento de las leyes. Y todo ello desde la perspectiva del *oficio del jurista*, que es su objeto formal. Debemos, pues, ahora reflexionar sobre quién es el jurista.

### *Descripción*

¿En qué consiste el oficio de jurista? En el mundo del derecho se observa una variedad de oficios, como pueden ser los de juez, abogado, letrado de organismos oficiales, notario –varones o mujeres–, etc. Pero dentro de esa variedad, que comporta matices distintos de desarrollar la actividad jurídica, permanece como elemento común ser jurista. ¿Cuál es ese elemento común?

Jurista es palabra derivada del término *ius*, que significa derecho. Jurista viene de *ius* como artista viene de *arte*. Jurista es quien se dedica al *ius*, al derecho; en concreto, el que sabe discernir el derecho y, por consiguiente, dice lo que es derecho. Y para comprender más precisamente qué sea el derecho o *ius* y, en consecuencia, en qué consista ser

jurista, nada nos parece mejor que acudir a las páginas del *Corpus Iuris Civilis* que recogen la autodefinición del jurista, por quienes hicieron del derecho un arte, o ciencia, es decir, los juristas romanos.

Tres son las palabras claves que nos interesan: *ius*, *iustum* y *iustitia*. Etimológicamente, proceden del *ius* las otras dos, lo que indica que se trata de tres cosas íntimamente relacionadas. En efecto, de *ius*, que es derecho, viene *iustus*, el adjetivo que aplicado al hombre (varón y mujer) designa al que cumple el *ius*, al que cumple el derecho: el hombre justo. *Iustum*, lo justo, es el género neutro de *iustus* e indica lo hecho o cumplido por el hombre justo, o sea, cumplir el derecho, lo que equivale a decir que la justicia es la virtud que tiene por objeto el *ius* o el derecho.

En el inicio mismo de sus páginas, el *Digesto* trata de *iustitia et iure*, del derecho y la justicia, rúbrica bajo la cual nos da las nociones fundamentales acerca del derecho y del oficio de jurista. El oficio de jurista es un arte o ciencia práctica: si en D.1,1,1 Ulpiano define –con palabras de Celso– el oficio del jurista como un arte, el *ars boni et aequi*, el arte de lo bueno y lo justo; en D.1,1,10, lo describe bajo el nombre de jurisprudencia, como la *iusti atque iniusti scientia*, la ciencia de lo justo y de lo injusto. El oficio de jurista o jurisprudencia es el arte o ciencia de lo justo, pues es lo propio del jurista el cultivo de la justicia («iustitiam namque colimus»), el saber sobre lo correcto y lo justo («et boni et aequi notitiam profiteamur»), el discernimiento de lo justo y de lo injusto, de lo lícito y de lo ilícito («aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes»), como leemos en D. 1,1,1.

El oficio de jurista es un arte o ciencia práctica –pues *ars* o arte no es otra cosa que un conocimiento práctico–, es un saber, que comporta discernir: el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho. De modo que quien ha de dedicarse al derecho lo primero que debe conocer es que derecho deriva de justicia: «Iuri operam daturum prius nosse oportet –son palabras de Ulpiano–, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum» (D. 1,1,1). «Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el nombre de *ius* (derecho). Es llamado así por derivar de justicia». El jurista romano, con la derivación etimológica, por lo demás errada (pues lo verdadero es al revés), quiso poner de manifiesto –y es lección preciosa que el jurista no debe olvidar– la estrecha



relación entre derecho y justicia: etimológicamente una palabra deriva de la otra, porque una –la justicia– no es otra cosa que la virtud de obrar según derecho, de cumplir el derecho. Por eso, derecho es lo justo, por lo cual el arte o ciencia del derecho no es otra cosa que el arte o ciencia de lo justo. En esto está la entraña del oficio de jurista.

Naturalmente no se trata de saber por saber, sino de saber *para hacer*, para obrar –ciencia práctica–; y ¿qué es lo que hace un jurista?, ¿qué hace el juez, el abogado, el letrado...? El jurista, dice, declara el derecho: el juez sentencia acerca de cuál es el derecho en el caso concreto, el abogado alega lo que entiende ser el derecho de su cliente, el letrado manifiesta el derecho. En eso consiste ser jurista: en la declaración del derecho, en discernir y pronunciar la sentencia que contiene el derecho, lo que es justo.

Jurista es, pues, quien sabe el derecho, quien tiene el discernimiento de lo justo *en el caso concreto*, quien discierne el derecho (*ius*) y la lesión del derecho (*iniuria*) dentro de unas determinadas y particulares relaciones sociales. Allí donde un oficio requiera esa determinación del derecho, allí hay oficio de jurista, aunque solo sea como función auxiliar. El jurista por antonomasia es el juez, cuya función central y principal es la de *dictar sentencia*, decir el derecho. Pero jurista es también el abogado, que dice lo que, en su opinión, es el derecho de su cliente. Y de jurista es, o tiene una dimensión de jurista, cualquier oficio o profesión en los que haya que establecer el derecho en relación con unas personas o instituciones.

### Aclaración

Los juristas de nuestra época –particularmente a partir de Kelsen– no están acostumbrados a ver su oficio como arte o ciencia de lo justo y aun podríamos decir que tal descripción les resulta desmedida; les basta con entender su oficio como discernimiento de lo legal y de lo ilegal. Lo mismo podemos decir de los filósofos del derecho, para no pocos de los cuales tal modo de describir el arte del jurista resultaría inexacto o demasiado pretencioso. En tal sentido, unos y otros estarían dispuestos a estar de acuerdo con el jurista romano en que ellos, los juristas, obran *licitum ab illicito discernentes*, pero declararán sin ambages, que escapa del co-

metido del jurista *iustitiam colere* –cultivar la justicia– y dar noticia de lo justo *aequum ab iniquo separantes*. Sin duda que entre la mayoría de los juristas modernos –educados en el positivismo– y los juristas romanos hay el abismo que separa el positivismo de la aceptación del derecho natural. Pero ya desde el principio debemos dejar constancia del equívoco que puede esconderse tras la negativa del jurista moderno a sentirse identificado con la descripción ulpiana.

Por de pronto, basta advertir que «lo legal» se llama, desde los antiguos griegos, *lo justo legal*, expresión esta que ya en Aristóteles designa lo legal según el derecho positivo. «Lo legal» es lo justo... legal, lo adecuado a la ley y, más concretamente, lo adecuado a la ley positiva. Por consiguiente, «lo legal» y «lo justo» son, al menos en el sentido indicado, rigurosamente sinónimos. Como «lo ilegal» es sinónimo de lo «*iniquo*». Son dos formas de decir lo mismo.

Desde luego, que entre un jurista romano y muchos juristas modernos hay una serie de cosas que los separan –normativismo frente a realismo, subjetivismo frente a objetivismo, positivismo frente a iusnaturalismo, etc.– y no es ahora el momento de entrar en ellas. Nos remitimos a la historia del pensamiento jurídico. Lo que nos interesa señalar es que cuando el jurista moderno rechaza la sinonimia entre lo justo y el derecho o *ius* tal como lo establece el *Digesto*, está operando mentalmente con un concepto de justicia muy distinto de aquel con el que operaron los juristas hasta el siglo XVIII y con el que operan todavía los seguidores del realismo jurídico clásico. La «justicia» que tienen en mente tantos juristas modernos es otra cosa que la justicia en sentido romano. Una es la *justicia idealista* y la otra es la *justicia realista*.

A partir de Kant se produjo un giro en el concepto de la justicia. La justicia pasó a entenderse como una forma *a priori* del derecho, bien como idea de derecho (según algunos autores, que identificaron así el derecho y la justicia), bien como ideal del derecho: en definitiva, la justicia como idea o ideal. Esta es la que hemos llamado justicia idealista, una noción incardinada en la filosofía del mismo nombre. A ello se ha unido el uso y el abuso del término justicia por la filosofía y la *praxis* políticas: la justicia como ideal al que tender, el ideal de una sociedad justa, de unas estructuras sociales justas. Naturalmente que, entendida así la justicia, no cabe duda de que asignar lo justo como objeto del oficio del jurista resulta demasiado pretencioso. Y no solo pretencioso en demasía, sino sencillamente falso. Y no es función del jurista implantar un ideal de justicia ni

establecer una sociedad idealmente justa; eso es función de los políticos. Es a ellos a quienes corresponde esa función, no a los juristas. Si unos obreros consideran injustos, por bajos, los salarios que perciben –convenidos con la empresa por contrato o por convenio colectivo– no es al juez a quien deben acudir, ni a quien acuden, sino que deben recurrir a medios políticos: huelga, negociación, etc. Establecer unas estructuras sociales justas según un ideal de justicia corresponde a los partidos políticos, no a los Colegios de Abogados, ni a la Magistratura. Es evidente. Si eso fuese la justicia de la que habla Ulpiano, sin duda los juristas romanos hubiesen errado al identificar el derecho con lo justo. Más seguro aún: nunca hubiesen establecido la sinonimia; hubiese sido un error demasiado grueso y, también, demasiado idealista para su genio realista y práctico.

La justicia de los juristas romanos –la justicia en sentido clásico– es una justicia realista. No es una idea, ni un ideal –radicado, por tanto, en el intelecto, en la razón– sino una virtud de la voluntad. Esta es la clásica definición de Ulpiano, contenida en D.1,1,10: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi». «La constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho». Es la justicia una cualidad de la voluntad consistente en un hábito –constancia y perpetuidad–, algo totalmente ajeno a ser idea o ideal. ¿Y qué es lo que quiere la voluntad justa? Lo querido es dar a cada uno su derecho. No un ideal, sino el derecho concreto y real de cada uno, el que corresponde a las personas en las relaciones jurídicas: la parte de la herencia que toca a cada heredero según testamento o ley, el precio estipulado en una compraventa, la cosa depositada que hay que devolver, el salario convenido, etc. Es decir, exactamente aquello sobre lo que dictamina un juez, lo que alega el abogado, etc. Lo que muchos juristas modernos llaman «lo legal», «el derecho subjetivo», «el interés jurídicamente protegido», etc., es lo que el jurista romano –sin olvidar las diferencias de pensamiento aludidas– llamó «lo justo». La descripción romana del oficio de jurista –que aceptamos como correcta– está lejos de ser pretenciosa, porque la justicia de la que habla no es ningún ideal social o político, sino la modesta justicia realista, la que hace que dictar sentencia se diga «hacer justicia», que acudir a los tribunales se llame «acudir a la Justicia», etc. Es la justicia que consiste en algo tan práctico y corriente como dar a cada cual lo que le pertenece según un título determinado y particular.

Otra aclaración. No faltan quienes, atribuyendo al realismo jurídico clásico algo propio del idealismo, afirman que, al identificar el derecho

con lo justo, el derecho y la justicia se entienden como la misma cosa, es decir, se identifican justicia y derecho. La justicia es una virtud, el derecho es aquello que es propio de cada uno; el derecho no es la justicia, sino el objeto de la justicia. Derecho y justicia son cosas *toto coelo* distintas. Confundir e identificar la justicia con lo justo es propio del idealismo; en ningún caso tal cosa puede atribuirse al realismo. Justicia y lo justo son cosas realmente distintas y ninguna es un ideal: lo justo es el objeto de la justicia, de modo que ambos se distinguen como la virtud y su objeto.

### *Necesidad social a la que subviene el oficio de jurista*

En la descripción de la justicia, el objeto de ella está identificado como el derecho de cada uno: «*ius suum cuique tribuendi*». Ese objeto de la justicia coincide con el objeto de la ciencia jurídica o arte del derecho, denominado lo justo: *iusti scientia*. Aparecen, pues, dos sinónimos, como hemos puesto de relieve: el derecho de cada uno y lo justo son lo mismo. En otro texto del *Digesto* hay una tercera expresión, que es asimismo sinónima de las dos anteriores: *suum*. Está recogida esa expresión en D.1,1,10: «*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*». «Estos son los preceptos del derecho, vivir honestamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo». La expresión «*ius suum cuique tribuendi*» queda sustituida por «*suum cuique tribuere*». Dar a cada uno su derecho es lo mismo que dar a cada uno lo suyo. Lo suyo es el derecho de cada uno. Y eso es precisamente lo suyo.

Puede advertirse nuevamente que lo justo no es ningún ideal; es cabalmente la cosa concreta que, de una u otra forma, puede calificarse de suya respecto de un sujeto: la casa que se tiene en propiedad o arrendamiento, el cargo que uno ostenta, las expectativas debidas en derecho, etc.

Esto nos pone de relieve la necesidad social a la que responde el oficio del jurista. Todo oficio tiene una utilidad, responde a una necesidad social o particular. El oficio de sastre responde a la necesidad de vestir; el del profesor, a la necesidad de instrucción y educación; el del político y el gobernante, a la necesidad de gobernar y administrar la cosa pública; etc. Sin una necesidad, el oficio carece de sentido y desaparece. ¿Cuál es la necesidad a la que responde el oficio de jurista? Nos contestan a la

pregunta las fórmulas romanas ya transcritas. El oficio de jurista nace en el contexto de las relaciones sociales ante la necesidad de que cada cual tenga pacíficamente en su poder aquello que le pertenece, surge ante la necesidad de que cada cual tenga *lo suyo*. El oficio de jurista se origina, pues, en el contexto de un hecho: las cosas –las distintas cosas que están en la esfera de dominio, apropiación y atribución propia de la persona humana– están repartidas y atribuidas a distintos sujetos. No todo es de todos. Por el contrario, hay una multitud de cosas que están atribuidas a los distintos sujetos según muy diversas formas.

Supuesto este fenómeno de reparto de las cosas y la necesidad de que cada cual posea efectivamente lo suyo, surge la necesidad de que se conozca lo que a cada uno corresponde. Por una parte, hace falta saber qué es lo atribuido a cada uno y de qué forma está hecha la atribución: de quién son cada una de las cosas (quién es el propietario, quién el usufructuario, etc.) y en calidad de qué las tiene atribuidas (en calidad de arrendador, de padre de familia, etc.). Por otra parte, es necesario conocer qué es lo que corresponde a cada titular (qué es lo propio del usufructuario, qué funciones corresponden a cada cargo, etc.). Todo este conjunto de cuestiones y circunstancias forma la problemática cuya solución pertenece al arte del derecho o ciencia jurídica. Responder a ella es el oficio del jurista.

De lo cual se deduce que el oficio del jurista subviene a una necesidad fundamental en la vida del hombre.

### *El oficio del jurista como un saber prudente*

Hemos visto denominar al arte del derecho como jurisprudencia, lo que equivale a considerar que saber discernir el derecho es una clase o tipo de prudencia. Calificar el arte del derecho como prudencia está de acuerdo con su cualidad de ciencia práctica. Es, en efecto, la prudencia virtud intelectual o dianoética, la virtud del correcto obrar moral, lo cual está en relación con la justicia, virtud también moral. Ello nos pone de relieve que la actividad jurídica depende de dos virtudes que están en la base del oficio del jurista: la justicia y la prudencia.

Dentro del obrar humano, la razón y la voluntad tienen misiones complementarias. A la voluntad corresponde el querer la acción; de la

razón es propio saber realizar correctamente la acción. Por eso la prudencia da la regla de la acción y es la que guía la fuerza de la voluntad. No es una excepción el obrar jurídico. Si la acción jurídica o acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo cual es obra de la justicia –radicada en la voluntad–, el saber obrar correctamente –saber dar a cada uno lo suyo en el momento y plazo adecuados– es propio de la prudencia jurídica o jurisprudencia. En definitiva, como el resto del actuar humano, la actividad jurídica requiere *saber y querer*, saber dar a cada uno lo suyo y querer darlo. Querer es propio de la voluntad justa, saber es propio de la razón prudente. La actividad jurídica es obra del hombre justo y prudente.

El jurista aparece en el orden de la actividad jurídica como perito o experto, esto es, como poseedor de una ciencia o capacidad de discernimiento, no como titular de dicha actividad. El jurista no es el hombre que debe actuar en justicia, el que debe dar al otro lo suyo. En un proceso, por ejemplo, los sujetos de la actividad jurídica, tanto el que debe dar al otro lo suyo, como el que reclama su derecho, son las partes. El juez simplemente sentencia, *dice* lo que en definitiva pertenece a las partes y lo que a cada una corresponde hacer. Asimismo, el abogado es el consejero de las partes y el defensor de sus intereses, no es él sujeto de la actividad jurídica –de la acción justa o de la acción de reclamar el derecho–, se limita a decir y a aconsejar a estas la conducta que estima correcta; en todo caso, puede actuar en su nombre, haciendo lo que corresponde a las partes, pero esto sobrepasa los límites estrictos del oficio del jurista.

El jurista no es el sujeto de la actividad jurídica, pero aparece en relación con ella como el que sabe discernir lo justo, descubrir lo suyo, decir el derecho de cada uno. Es el experto, el perito o prudente: el jurisprudente o jurisperito, cuya actividad se desarrolla en el ámbito del saber. Es titular de la prudencia del derecho.

### *Supuestos sociales del oficio del jurista*

Tratemos ahora de determinar cuál sea esa realidad social fundamental desde la que se origina el oficio de jurista; qué es lo que ocurre en la vida social, que hace surgir la necesidad del arte o ciencia del jurista.

El oficio de jurista, como experto del derecho, aparece en el contexto de dar a cada uno lo suyo. Porque existe la necesidad de dar a cada cual lo suyo y para subvenirlo, es preciso determinar qué es lo de cada uno y de qué modo y en qué circunstancias hay que darlo; por todo ello nace el arte del derecho. En consecuencia, los supuestos sociales del oficio del jurista son dos: la existencia de lo suyo y la necesidad de darlo. Lo primero indica que las cosas están repartidas; lo segundo, que están o pueden estar en poder de otros.

La existencia del reparto de las cosas es el primer supuesto. En efecto, si existe lo suyo —esto es, lo mío, lo tuyo, lo suyo— es que no todo es de todos ni nada es de nadie. Si se diese alguna de estas dos hipótesis —todo es de todos, nada es de nadie— no se daría lo suyo y, por tanto, no existiría la necesidad de darlo. El fenómeno jurídico aparece en virtud del reparto de las cosas. Allí donde hay reparto, hay cosas atribuidas, pues es el reparto lo que atribuye y distribuye las cosas. Y si hay cosas atribuidas, repartidas, hay lo suyo. Así pues, el hecho social del reparto de las cosas es el primer supuesto del oficio de jurista. El jurista es el que sabe del reparto de las cosas; no cómo repartirlas —que es oficio del político, entre otros— sino cómo están repartirlas. No es, en efecto, la necesidad de reparto, de distribuir y atribuir las cosas, lo que genera el oficio de jurista, sino la existencia de lo suyo, esto es, el reparto ya hecho. El jurista es, pues, el que conoce y discierne cómo están repartidas las cosas.

En principio, cada uno tiene lo suyo, está en posesión de lo que le pertenece y, por tanto, no hay que dárselo. En consecuencia, para que intervenga la necesidad de dar a cada uno lo suyo, es preciso que la pacífica tenencia y posesión de lo que a cada uno pertenezca sea interferible por otros, esto es, que la cosa de uno —sin dejar de ser suya— pase o pueda pasar al poder de otro. Entonces es cuando aparece la necesidad de que se dé —esto es, devuelva, entregue, etc.— la cosa al titular. En otras palabras, es preciso que la cosa pueda salir o haya salido de la esfera de dominio y posesión del titular y esté en manos ajenas. Dada esta situación, hay que dar al titular lo suyo. Que las cosas estén o puedan estar en poder de otro, es el segundo supuesto social del oficio del jurista.

Dos son, genéricamente hablando, las causas de que las cosas estén en poder de otro. Primeramente, por el hecho de las relaciones sociales entre los hombres, que da lugar al intercambio y traslado de los bienes

de una a otra mano: por ejemplo, el depósito, en cuya virtud el propietario deposita un objeto en manos de otra persona para su custodia; o el préstamo, por el cual una cosa es dejada a una persona por un tiempo determinado, etc. Son múltiples las formas por las cuales las cosas pasan a poder de una persona distinta de su titular, sin dejar de estar atribuidas a ese titular. De un modo u otro, en un momento o en otro, la cosa debe ser devuelta, restituida, lo que da lugar al deber de dar a cada uno lo suyo.

La segunda causa de las señaladas es la injusticia, es decir, el apoderamiento o la interferencia injustos de la pacífica tenencia y posesión de las cosas de cada uno. El robo, la retención ilícita, las lesiones, la desobediencia al poder legítimamente constituido, etc. son otros tantos ejemplos de lo dicho. En todos los casos se produce un ataque o interferencia lesiva en el derecho, en lo suyo de una persona, generándose el deber de restitución, de restablecimiento de la situación de derecho (de dar al lesionado lo suyo).



### III. LA JUSTICIA

#### *Introducción*

El oficio de jurista tiene una íntima relación con la justicia. Está en el orden de saber ser justo. Ciertamente el jurista no se confunde con el hombre justo, con la persona que debe obrar la acción justa o acción de dar a otro lo suyo. El jurista no es el que ha de realizar la obra de la justicia. Sin duda alguna el jurista, para ser fiel a su oficio y no corromperlo, necesita ser personalmente justo, en el sentido de amante de la justicia, pues de lo contrario dará oídos a la injusticia y sustituirá la prudencia del derecho por la falsa prudencia de la injusticia; se habrá corrompido. Con toda razón decía Tomás de Aquino que «la corrupción de la justicia tiene dos causas: la falsa prudencia del sabio y la violencia del poderoso». Pero no es menos cierto que su misión no es la de dar él personalmente a cada uno lo suyo. Aquello que es propio del jurista es señalar lo que debe hacer el hombre –varón y mujer– para ser justo, para dar a cada uno lo suyo, esto es, para hacer la obra de justicia. Su misión es discernir y señalar lo suyo de cada uno para que sea dado a su titular. Tener en cuenta esta peculiar y típica relación del jurista con la justicia es importante para advertir que la virtud específica del oficio de jurista no es la justicia sino la prudencia. El jurista no es *el justo* sino *el jurisprudente*. Lo propio del jurista es un arte o una ciencia práctica.

Ya hemos dicho que todo sistema de filosofía del derecho debe ser visto desde la perspectiva del jurista, mas no es ocioso recalcarlo al entrar

en el análisis de la justicia, porque modernamente es muy frecuente traspasar a la filosofía jurídica la idea de justicia que la filosofía social y la retórica política suelen manejar. Es esta una idea de justicia magnificada, si no en sí misma, sí al menos por lo que toca al jurista. Se impone, pues, cierta desmitificación de la justicia en lo que atañe al jurista.

Es obvio que la justicia propia del jurista no es el equivalente a reforma social, progreso de los pueblos, desarrollo social, desalienación de la clase obrera, etc., aunque no cabe tampoco dudar de que, en cierta medida, tales fines pueden orientar, como principios interpretativos, algunos aspectos de la función del jurista.

La justicia de los juristas no es «la sociedad justa y solidaria», tal como la entienden –desde luego cada cual a su manera– los políticos. Es algo más modesto, mucho más práctico y tangible: la justicia del foro, que es la justicia del caso concreto. Pero en su modestia, es la base de la vida social y una de las más altas virtudes humanas.

### *El orden justo*

El oficio de jurista responde a una necesidad social: que cada hombre y cada institución tenga lo suyo, aquello que le pertenece y corresponde. Y como sea que la vida social es dinámica y lo suyo de cada uno puede estar en situación de interferencia, se genera un dinamismo ordenado a establecer o restablecer la situación debida, que podemos describir con una fórmula de probada expresividad: dar a cada uno lo suyo. En relación con ese dinamismo aparece, según hemos visto, el oficio de jurista.

Si podemos calificar de necesidad social el establecimiento de la situación debida –tener cada uno lo suyo– es porque tal situación constituye un orden o armonía –proporción– sociales, en el que cada cosa está en la correcta relación respecto de su titular, lo cual da lugar a un *orden social justo* o simplemente *orden justo*. Cualquier ruptura o alteración de esa correcta relación produce una anomalía, un desorden o disarmonía sociales: el orden injusto, la situación o la estructura injustas.

Si hablamos de orden y armonía, calificamos a dicha situación social de un bien, lo cual quiere decir que es concorde con la persona humana. En efecto, no se trata solo de un orden *satisfactorio*, que satisface determinados deseos o estimaciones de los hombres, sino de un orden *necesario* para la persona y la sociedad. Tal armonía es una exigencia de la persona humana, por su calidad de ser que domina su propio ser y su entorno, esto

es, en su calidad de ser que tiene cosas verdaderamente suyas. En cuanto a la sociedad, nada mejor que traer a colación unas conocidas palabras de Dante: esa armonía o proporción *servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*, guardada conserva la sociedad de los hombres y corrompida la destruye.

Por lo tanto, la armonía u orden social que proviene de la correcta relación de las cosas respecto de sus titulares –el orden justo– no es un simple hecho, sino que pertenece a la categoría del deber-ser. El *Digesto* lo expresa bajo la forma de *praeceptum iuris* o norma primordial del derecho. Verdadera *Grundnorm* o norma fundamental del orden jurídico. En realidad es el primer principio de la razón práctica por lo que atañe al orden de la conducta jurídica.

No ha de pasar por alto que a «debe darse a cada uno lo suyo» se le llame *praeceptum iuris* (no *praeceptum iustitiae*), porque, en efecto, el imperativo del deber es la expresión de la obligatoriedad del derecho, de modo que esa armonía o proporción es deber-ser por razón del *debitum* inherente al derecho.

### *La virtud de la justicia*

Todo deber-ser comporta un hecho correlativo: el cumplimiento del deber-ser, su realización. A ello se ordena la misma idea de deber-ser: lo que se debe, se hace. En este orden del cumplimiento aparecen las virtudes, las cuales no están en el plano del deber-ser, sino en su cumplimiento. No es virtuoso el hombre porque tenga deberes, sino porque los cumple. Las virtudes son hábitos –cualidades– de las potencias humanas, que inclinan al cumplimiento del deber. Ellas mismas no son juicios deónticos –juicios de deber–, sino disposiciones del ser humano –cualidades– a obrar según los juicios deónticos. Por lo tanto, no pertenecen al deber-ser (*Sollen*), sino al ser (*Sein*), aunque con relación a un deber-ser.

Pues bien, supuesto que debe darse a cada uno lo suyo y que esto constituye un bien social, la correcta disposición del hombre a cumplir con este deber-ser jurídico es una virtud. Y esa virtud se llama justicia: la virtud de la justicia. Es la virtud cuyo acto –la acción justa– consiste en dar a cada uno lo suyo. Es, por tanto, la virtud del cumplimiento y satisfacción del derecho.

Dado que la justicia está en el orden del cumplimiento de un deber-ser y su acto propio consiste en un obrar, es una cualidad –hábito– de la potencia operativa del hombre, esto es, de la voluntad humana. Consiste, pues, en la disposición habitual de la voluntad de querer dar a cada uno lo suyo.

Como virtud de la voluntad, es decir, como virtud operativa, la justicia está en relación con el *dinamismo social*, dice relación a la vida social. ¿Qué dinamismo? Aquel, antes aludido, en el que al darse a cada uno lo suyo, se hace y se construye el orden social justo. La justicia es virtud dinámica, que opera en el *fieri* del orden justo; es virtud de la acción (en su caso, de la omisión).

Tres cosas son, pues, opuestas a la verdadera concepción de la justicia. En primer lugar, entender la justicia como un deber; la justicia, como virtud que es, pertenece al *Sein*, al ser, pues es una disposición entitativa de la voluntad. Es virtud por relación a un *Sollen* o deber-ser, la norma primordial del derecho, pero ella misma no es ese deber-ser, no es un juicio deóntico.

En segundo lugar, no se puede confundir la justicia con una dimensión de la realidad, como un orden o armonía; la justicia no es el orden justo, sino la virtud de tender a establecer el orden justo. El orden o armonía no es una dimensión primigenia de la justicia –la cual la proyectaría en lo actuado por ella–, sino que la virtud es armónica, porque su objeto –lo suyo de cada uno– es una cosa proporcionada, armónica, pues en la justicia –como luego se verá– la rectitud no la da primeramente el sujeto, sino el objeto.

Por último y en tercer lugar, la justicia no pertenece al intelecto: no es un juicio o una idea. La justicia pertenece a la voluntad y está en el orden del querer. No pueden, pues, considerarse adecuadas aquellas concepciones que dan a la justicia un estatuto intelectual en lugar de volitivo.

### *La definición común de la justicia*

Vista en términos generales la virtud de la justicia, hay que pasar a hacer una serie de precisiones acerca de ella. Y en primer lugar debemos ocuparnos de su definición.

Aunque a lo largo de la historia son varias las definiciones que se han dado de la justicia, hay una que es la común y prácticamente universal. Es, a la vez, la más sencilla, la más antigua y también, con mucho, la más

extendida: *la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo que le pertenece, lo que le es debido, etc.* De esta definición nos ocuparemos en las páginas que siguen.

Es de notar, ante todo, que esta definición común de la justicia no procede de ninguna teorización, ni es lo que pudiéramos llamar una noción culta. Es más bien una definición vulgar, la simple expresión, con las menos palabras posibles, de un dato: las cosas están distribuidas, hay que dar a cada uno lo suyo y cumplir ese deber es una virtud, la virtud de dar a cada uno lo suyo. Se trata de una definición con palabras vulgares, salvo la variante «su derecho», si entendemos por tal un tecnicismo, que por lo demás, es de lo más vulgar. No es una teorización, decíamos, pues, en efecto, se limita a la descripción de un hecho: la existencia de un hábito del hombre –disposición constante y firme– en relación con un deber o precepto –dar a cada uno lo suyo– que atañe a un hecho social: el reparto de bienes y cargas. Por lo demás, que cada uno tenga lo suyo constituye un bien, una parte del orden social o armonía dentro de la socialidad humana, por lo cual ese hábito es bueno, lo que es como decir que es una virtud. Nada más ajeno a la teoría, que esa descripción de la justicia.

Lo que queremos decir con esto es que la definición común de justicia no es una noción derivada de una corriente filosófica determinada –la hemos visto en boca de aristotélicos, estoicos y escolásticos–, que en ella y en sus supuestos encuentre explicación, no es conclusión teórica de unos principios filosóficos. En este sentido, no es *una teoría* sobre la justicia, junto a otras posibles teorías. Cualquiera que sea la noción de justicia que se considere más apta para un sistema de filosofía jurídica o de filosofía política y social o para una ideología política, siempre será verdadero, porque es un puro hecho, que los hombres tienen –en mayor o menor grado– la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo suyo (por lo menos en una serie de sectores) y que a eso se le ha llamado siempre –nunca ha tenido otro nombre– con el apelativo de justicia.

Esta fórmula de justicia puede ser sustituida –ni que decir tiene que a nuestro juicio eso no se haría sin desacierto– por otra como principio de una teoría de la filosofía jurídica o política, pero entonces se estaría poniendo en su lugar otra cosa a la que también se le daría el nombre de justicia, junto a la cual perviviría la justicia de dar a cada uno lo suyo.

Supongamos que se entiende que la justicia reside en el igualamiento, de modo que se considera que una sociedad es injusta si en ella se dan

diferencias. Esto supuesto, el reparto igualitario llevaría a que cada cual tuviese unos bienes de igual valor, pero el reparto seguiría existiendo y con él la necesidad de dar a cada uno lo suyo. Aun situándonos en el reparto al momento de estar haciéndose, habría que señalar qué hay que dar a cada uno para que tuviese lo mismo que los demás y darle eso. No cabe duda de que perviviría la justicia de dar a cada uno lo suyo.

La justicia de dar a cada uno lo suyo es una realidad que solo podría desaparecer si se alcanzase de hecho una sociedad totalmente colectivizada –todo de todos o nada de nadie– en la que por no haber reparto de cosas –ni tan siquiera de funciones– no existiría, ni en pequeña proporción, lo suyo de cada uno. Hipótesis por demás quimérica, porque el reparto es constitucional al ser humano: al menos en la alimentación, el vestido y el trabajo algún reparto existe necesariamente, aun en las sociedades más colectivizadas.

Es también un hecho que el oficio de jurista está en relación directa e inseparable con la justicia en su sentido primero y común. Lo hemos visto ya. La actividad del jurista consiste en decir y declarar lo suyo de cada uno. Es esta la función primera y vertebral del juez al dictar sentencia y tal es la función de cualquier jurista en cuanto tal: decir lo que a cada uno corresponde en el reparto de bienes, cargas y funciones. Tampoco la relación entre el oficio de jurista y la justicia de dar a cada uno lo suyo es una teoría; es sencillamente un hecho.

### *Caracterización de la justicia*

Una vez hemos visto la noción de justicia –la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho– es el momento de exponer sus características fundamentales. Mas ante todo conviene recordar –aun a riesgo de ser reiterativos– que debemos tratar a la justicia desde la perspectiva del oficio del jurista, que es la perspectiva del mundo del foro.

La *experiencia jurídica*, que es el objeto fundamental de la filosofía del derecho, consiste en la realización vital del derecho. Estamos –en uno de sus aspectos– en el mundo del cumplimiento de las normas; no es una institución o promulgación de leyes –el momento legislativo– algo propio del oficio de jurista, sino del político, que es quien hace las leyes. El momento legislativo solamente interesa al jurista en cuanto a través de ellas

hay que respetar o satisfacer el derecho (v. gr., la congruencia de las leyes ordinarias con la constitución, o la de la ley positiva en general con el derecho natural). Y estamos también –como otro de los aspectos de la aludida experiencia jurídica– en el mundo del respeto y satisfacción de derechos de las personas e instituciones. Es precisamente en relación con este mundo del foro y del jurista, cuando aparece la justicia: dar a cada uno su derecho, cumplir y satisfacer el derecho. En eso consiste la justicia como algo directamente relacionado con el jurista.

Desde esta perspectiva, puestos a exponer los caracteres fundamentales de la justicia, lo primero que se impone es resaltar cuál sea el rasgo esencial de ella. Este rasgo esencial podemos enunciarlo así: *la justicia sigue al derecho*, o lo que es lo mismo, *la justicia presupone el derecho*. En efecto, si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho, lo propio de ella, aquello que la constituye precisamente en justicia, es que se refiere al cumplimiento y satisfacción del derecho. Sin derecho preexistente, no es posible la acción justa o acto de dar a cada uno su derecho, pues es obvio –evidente de toda evidencia– que, si no existe el derecho que hay que satisfacer, resulta imposible que se dé el acto justo.

Podemos, pues, hablar de una primacía del derecho en relación con la justicia. Primero es el derecho y en razón de él aparece la justicia. Dicho con otras palabras, la justicia consiste en la realización del derecho, siendo por lo tanto falsa la inversión de términos que supone decir que el derecho es la realización de la justicia. No estamos, pues, en un mundo de ideas o ideales. La justicia se refiere siempre a derechos existentes, reales y concretos, a normas vigentes. En este sentido, no hay distinción entre justicia ideal y justicia real. El ideal de justicia es el cumplimiento y satisfacción de todo derecho, que es exactamente la justicia real; lo contrario es injusticia.

De lo dicho se deduce que la justicia no se refiere a la constitución del derecho –no es la virtud, el orden o el valor de la constitución del derecho– sino que presupone el derecho constituido, en relación con el cual opera la justicia.

¿Cuál es, pues, el punto de partida de la justicia? El punto de partida es la existencia de derechos y la situación de interferencia de la que pueden ser objeto. Si en lugar de derecho hablamos de lo suyo de cada uno, de las cosas suyas, tal punto de partida puede expresarse de este modo:

las cosas están repartidas y están o pueden estar en poder de otro. Es, en suma, el mismo punto de partida del oficio de jurista.

*Las cosas están repartidas* (lo que equivale a decir que los derechos están constituidos y establecidos). En efecto, para que pueda hablarse de «lo suyo» —lo que es igual a lo mío o a lo tuyo— es preciso que las cosas estén atribuidas a distintos sujetos. Cuando todo es de todos o nada es de nadie, no hay lo mío, lo tuyo o lo suyo. Por lo tanto, si el supuesto de la justicia es que exista lo suyo, su punto de partida es que las cosas estén repartidas. De donde se desprende que la justicia no es la virtud del reparto de cosas, sino del respeto del reparto establecido.

Hablamos de reparto en sentido genérico, como atribución de cosas a distintos sujetos. Obsérvese que todo derecho lleva consigo una atribución y, en este sentido, implica un reparto. Si se habla, por ejemplo, del derecho a la vida, tal derecho supone una exclusividad de atribución jurídica de la vida a la persona, pues quiere decir que nadie puede disponer de la vida de otro; tal atribución es obvia en el derecho de propiedad, pero también, según distintas formas de atribución, en los demás derechos. La obligación de obedecer la ley implica una distinción de funciones —legislador y súbditos— y el derecho de la sociedad a que las normas que se cumplan.

*Las cosas están o pueden estar en poder de otro.* Es el segundo aspecto del punto de partida (lo que equivale a que los derechos pueden ser interferidos). Igualmente obvio que el anterior, en este aspecto del punto de partida reside el meollo de lo que significa «dar» o *tribuere*. La acción justa se genera en el supuesto de una alteración o potencial alteración en la tenencia, el uso y disfrute de la cosa, una interferencia o posible interferencia en la posesión y goce de los derechos. El acto de la justicia respeta o restablece al titular en su derecho, respeta o restablece la tenencia, el uso y el disfrute de la cosa que tiene razón de derecho. Como sea que la justicia presupone el derecho constituido, la acción de dar lo suyo —o su derecho— presupone la existencia de una alteración, actual o potencial, en la debida relación de hecho entre la cosa que es derecho y su titular, de modo que la razón de derecho postule el respeto o restablecimiento de la situación debida.

Para restablecer el orden social justo, se requiere, por lo que atañe a los hombres, *querer y saber*. Por una parte, hace falta saber, conocer



cuáles son los derechos de cada uno, y, por otra, querer. Pues bien, la justicia está en el orden del querer. En efecto, como ya lo hemos puesto de relieve repetidamente, no llamamos justo al que sabe de leyes o al que conoce los derechos, sino al que cumple las leyes y respeta y satisface los derechos. La justicia no pertenece al orden del saber, sino al orden del querer; pertenece al apetito racional, que es la voluntad. Ni puede ser de otra manera, porque la justicia dice relación al obrar, a la acción justa, como principio y motor de ella. Es, por lo tanto, la justicia un hábito o virtud de la voluntad.

¿Acaso no podrá decirse mejor que la justicia es una *emoción*, una reacción emotiva? Así se podría deducir del emotivismo ético, corriente de la filosofía moral que entiende las virtudes como reacciones emotivas. En parte, así lo sostiene también Ross, cuando afirma que hablar de ley injusta es producto de una emoción. Pero esto no es sostenible. Las emociones son reacciones del apetito sensitivo –la sensibilidad– y la acción justa –a la que se ordena la justicia– es un acto de voluntad; es obvio que pagar una deuda o respetar la vida o la hacienda ajenas, no es una emoción, sino un acto voluntario. Y es que la acción justa –y con ella la justicia– requiere como supuesto un conocimiento racional, por cuanto se funda en el conocimiento de la ley y del derecho, que es cosa de la razón y no de sensación o percepción por la sensibilidad. Ahora bien, si el saber que requiere el acto justo es racional, lo que se mueve y opera por él es el apetito racional, esto es, la voluntad. Y si la acción justa es un acto voluntario, el correspondiente hábito, la justicia, inhiere en la voluntad. Luego la justicia es un hábito de la voluntad.

Lo mismo se ve, mirando a lo opuesto que es la injusticia. Es principio elemental que el acto injusto es un acto voluntario. Solo si se es injusto mediante actos voluntarios, hay injusticia formal. Por lo tanto, si la injusticia es cosa de la voluntad, la justicia también lo es.

Otra cosa distinta es que a la percepción de la injusticia, que es necesariamente un conocimiento racional, acompañe a veces una reacción emotiva.

Como sea que la justicia tiende a dar a cada uno lo suyo, y este dar lo suyo es lo correcto, resulta obvio que la rectitud de la justicia –lo que la hace virtud– es justamente dar lo suyo. En esto consiste la rectitud propia

de la justicia. Así pues, la armonía o rectitud objetiva de la acción justa no reside tanto en la intención recta, como en la objetividad de lo dado. En efecto, la finalidad de la justicia es el orden justo, pues la justicia es la virtud de construir ese orden; pero se trata de un orden objetivo, que se consigue cuando cada uno tiene lo suyo; en consecuencia, lo que mide la rectitud o la armonía de la acción justa –y, por lo tanto, de la justicia– es la objetividad de dar precisamente lo suyo a cada uno. De ahí que el problema principal de la justicia resida en la determinación de «lo suyo» de cada uno.

La justicia es la virtud del orden justo y, por lo tanto, del orden social. En este sentido, es una virtud con finalidad *social*. ¿Qué se quiere decir con esto? Fundamentalmente se quiere decir que, aunque es una virtud personal, su objetivo directo –y, por lo tanto, la raíz de su carácter virtuoso– es la correcta relación de cada persona o institución con lo suyo. El término de la acción de la virtud de la justicia no es la subjetividad del yo o del otro, sino la objetividad del orden justo. Si la justicia es virtud, lo es en tanto que el orden justo es un bien humano, es decir, que corresponde al orden de la persona humana y al orden de la sociedad, la cual es expansión natural de una dimensión de la persona humana; consecuentemente el orden justo pertenece a la esfera de realización –perfeccionamiento personal– de la persona. De lo dicho se desprende que la *intencionalidad* de la justicia –aquello a lo que se dirige– no reside en el bien subjetivo propio o ajeno, sino en el bien objetivo que representa el orden justo. De ahí que la rectitud de la justicia y de la acción justa se mida por la consecución efectiva del orden justo.

Como sea que la justicia consista en la virtud de dar a los demás lo suyo, es obvio que la justicia tiene como característica la *alteridad*, esto es, ser virtud de una relación social, de una relación al otro. ¿Qué se quiere decir con esto? Fundamentalmente significa que lo que tiene razón de bien y de recto –lo virtuoso– es el equilibrio o la armonía entre personas, que viene determinada por la proporción de las personas respecto de una cosa: que se dé justamente el derecho del otro. La justicia tiene por término al otro según una relación de proporción o armonía, que es igualdad, como se verá más adelante al hablar del derecho.

Ahora bien, es preciso matizar de qué modo la justicia tiene por término al otro. No es como la liberalidad o el amor que se encuadran en

las relaciones del yo-tú, ordenadas a la subjetividad del otro; la justicia se ordena al otro en lo que atañe a su condición de titular de cosas suyas para restablecer el orden justo. Por eso, lo que importa en la justicia es la voluntad de implantación del orden justo, no la afección o el ánimo con que se contemple al otro, esto es, no interviene la relación entre las subjetividades de las partes.

Estas precisiones son importantes, porque, entre otras cosas, dan lugar a la aparición del oficio del jurista, como distinto del moralista. El oficio de jurista tiene relación con la virtud de la justicia, pero su misión no es la del moralista, porque no es propio de él el dinamismo ético de la justicia (el perfeccionamiento personal de quien obra la justicia), sino el dinamismo social y objetivo de la justicia (la implantación del orden justo), que tiene un aspecto técnico (dar efectivamente a cada uno lo suyo). Con relación a este aspecto técnico actúa el jurista.

Un hecho peculiar del orden jurídico es que en él intervienen como sujetos de la acción justa no solo personas físicas (el hombre individualmente considerado), sino también las colectividades, las personas jurídicas o morales. ¿En qué sentido puede hablarse de virtud de la justicia respecto de estas últimas y en qué sentido les son aplicables las consecuencias de lo que es y representa la justicia?

Al hablar de virtud de la justicia se hace referencia al hombre, no a las instituciones, aunque no falte, excepcionalmente, alguna alusión a la virtud de las instituciones. Propiamente hablando las virtudes son cualidades personales del hombre y, en concreto, la justicia es un hábito de la voluntad. Por lo demás, el orden moral es orden personal del hombre y, por lo tanto, como las virtudes pertenecen al orden ético, toda virtud es siempre predicable de la persona humana. Los actos de las virtudes son actos de las personas, no de las instituciones. La templanza, la valentía, la prudencia, etc. son cualidades propias de las personas y solo estas son sujetos de los actos correspondientes.

Todo esto es verdad, pero no puede olvidarse que la virtud de la justicia presenta una peculiaridad: el acto de la justicia puede tener por sujeto una institución. Es algo común de la vida jurídica: el pago del precio estipulado, la devolución de un depósito, la entrega de la mercancía convenida, etc. pueden tener por sujeto a una persona jurídica. Ciertamente, tras las instituciones están las personas, pero no es menos verdad que el sujeto de atribución del acto es una persona jurídica o moral. Así, por ejemplo, en el

caso de la ejecución forzosa de una deuda, se embargarán los bienes de la persona moral, pero no los de las personas físicas que la compongan.

La persona moral actúa en la vida jurídica como sujeto de la acción justa y a ella se atribuye una voluntad (actos de la persona moral). Por lo tanto, de ella es predicable la justicia. Naturalmente se trata de una predicación analógica, como es analógica la voluntad de la persona moral y su condición de sujeto de un acto. Mas en esta línea de predicación analógica cabe hablar de justicia de las personas morales, si bien, en definitiva, con ello lo que quiere ponerse de relieve es la recta disposición de los órganos de la persona jurídica a cumplir con los deberes de justicia.

Todo esto pone de manifiesto que la justicia es una virtud *objetivable*, es decir, que puede ser vista –metodológicamente se entiende– en su aspecto técnico, abstraída su médula ética, como disposición a la implantación del orden justo. Abstraída la subjetividad ética de la justicia, esta queda como disposición de los sujetos del orden social a la acción justa, enlazando así con el oficio de jurista. Queda como presupuesto del orden jurídico y en este sentido interesa a la filosofía del derecho.

### *El centro de interés: la acción justa*

En relación con lo últimamente dicho cabe hacer las siguientes observaciones. La ciencia o arte del jurista es una ciencia social, decíamos. Su finalidad superior es aquel orden o armonía de la vida social –el orden justo– que consiste en que cada cual tenga el uso y disfrute pacíficos de lo suyo. Y su fin propio y específico –su objeto– es lo suyo de cada uno, que es lo que dice y declara. Hay, pues, una coincidencia de objetos entre el saber jurídico y la virtud de la justicia: en ambos casos, el objeto propio y específico es *lo suyo*. Ya decíamos que, respecto de la necesidad de dar a cada uno lo suyo, había que distinguir entre el querer y el saber. Ambos, sin embargo, tienen el mismo objeto: se trata de saber lo que la voluntad debe querer. En este sentido, aunque la justicia no es la virtud específica del jurista –para él es un presupuesto–, la coincidencia del objeto y la relación entre el arte del jurista y la virtud de la justicia –saber para la justicia– suponen, como hemos dicho, la necesidad de estudiar la justicia dentro de la filosofía del derecho.

Pero el hecho de que el arte del jurista sea una ciencia social implica que, al llegar a este punto, se matice qué es lo que propiamente interesa al jurista. Ser ciencia social significa que el arte del jurista se interesa primordialmente por la sociedad; lo que constituye el centro de interés no es la rectitud personal del hombre justo, sino la objetiva rectitud o armonía de las relaciones sociales. El jurista no se interesa, pues, directamente –le interesa en todo caso como presupuesto– por la justicia en cuanto es virtud personal del hombre sino por sus resultados: lo que le interesa es la *acción justa* o acción de dar a cada uno lo suyo. Lo que tiene relación directa con el arte del jurista es la dinámica de la justicia. Esto quiere decir que el hábito o virtud de la justicia propiamente dicha no es lo que constituye aquello con lo que primordialmente se relaciona el saber jurídico, sino que lo es la acción justa. La virtud de la justicia como tal solo importa a la filosofía jurídica, en cuanto sirve para conocer la acción justa.

### *La fórmula de la acción justa*

Interesa ahora, en orden a un mejor conocimiento de la acción justa, analizar la fórmula con la que mejor se expresa: dar a cada uno lo suyo, que es una descripción del acto justo.

*Sentido del verbo «dar».* La acción justa o acto propio de la justicia fue designada por los autores romanos como *tribuere*, lo cual traducimos en castellano por «dar». El verbo utilizado tiene un sentido muy genérico. En realidad, no existe –al menos en latín y en castellano– ningún verbo que signifique todo el conjunto de acciones específicas que se incluyen en el posible acto de justicia. El verbo que más se acerca es el de «restituir» y sin duda el acto específico de la justicia puede denominarse en algunos casos –y así lo hace Tomás de Aquino respecto de la justicia conmutativa– como «restitución». Pero esta palabra tiene también inconvenientes al no mostrar suficientemente toda la amplitud de la acción justa.

La idea que tiene que expresar el verbo que designe al acto justo es la de una acción en cuya virtud lo suyo de cada uno es respetado, o, si ha pasado al poder de otro, es restituido o restablecido en su primitiva posición. Recordemos cuál es el punto de partida del oficio del jurista, que es el punto de partida del fenómeno jurídico: las cosas están repartidas y

pasan o pueden pasar a la esfera de poder de persona distinta de su titular. Esto supuesto, la acción justa siempre sigue al hecho de que la tenencia de lo suyo –sea por la dinamicidad de las relaciones sociales, sea por la injusticia– está en la esfera de interferencia de esa tenencia por otros. Si la interferencia se ha producido, la acción justa consiste en restituir la cosa, en restablecer al titular de la cosa en la posición de tenedor real de ella (o según los casos de un valor equivalente). Supongamos el caso más simple del hurto: el acto de justicia consiste en devolver la cosa a su dueño. En otro orden de cosas, si un grupo de ciudadanos se levanta contra el poder legítimo, el acto de justicia se cumple con el sometimiento al poder. En tales casos restituir o restablecer designa con justeza la acción justa.

Hay otras hipótesis en las que los verbos «restituir» o «restablecer» resultan menos claros, pero pueden servir igualmente. En una compraventa, a la entrega de la cosa sigue un vacío en el patrimonio del vendedor, que por contrato debe ser restablecido por el comprador mediante la entrega de una cosa de valor equivalente: el dinero del precio. El pago restablece al vendedor en la plena tenencia de su patrimonio. Según el valor etimológico de «restituir» –*restituere*, restablecer en la posición originaria–, el pago es una restitución, solo que según el uso actual del verbo resulta obsoleto e inadecuado. En todo caso, el pago es una acción justa, porque el precio, una vez entregada la cosa, es ya del vendedor, es suyo, en el sentido, no de propiedad (porque no la adquiere sino por la efectiva recepción del dinero), sino de cosa a él debida.

Hay todavía un tercer supuesto. La cosa no puede ser trasladada a manos de otro, pero puede ser interferida, puede ser quitada o lesionada. Por ejemplo, la vida. En tal caso, dar al otro lo suyo se resuelve en el respeto. Aquí el respeto es concomitante a la posesión del bien, al disfrute del derecho; y el verbo «restituir» no tiene aplicación directa, porque no hay alteración de la situación o posición de la cosa respecto a su titular. Sin embargo, el respeto a la vida es un acto justo.

La multiplicidad de formas que puede adquirir la acción justa obliga a utilizar para designarla una palabra suficientemente amplia. La que usaron los juristas romanos fue *tribuere* y la que tradicionalmente se usa en castellano es «dar», verbo de significación muy amplia y, por lo tanto, apta a efectos de designar la acción justa. Con más justeza podemos decir que, al designar la acción justa, dar significa toda aquella acción u

omisión en cuya virtud aquello que está atribuido o asignado a uno permanece en su esfera de poder o pasa a estarlo. Significa, pues, entregar, devolver, restituir, respetar, obedecer, etc.

Decíamos antes que no hay que confundir la justicia con lo que el *Digesto* denomina *iuris praeceptum*, aunque a ambos se les asigne la misma fórmula: «suum cuique tribuere», dar a cada uno lo suyo. El precepto es un juicio deóntico: «debe»; esto proviene del derecho –que es algo debido–, del que se deriva un precepto: debe darse a cada uno lo suyo. Dar ha de ser traducido –en la fórmula del *iuris praeceptum*– por debe darse.

Pero esta versión –debe darse a cada uno lo suyo– no es de ningún modo aplicable a la justicia. Ya se ha visto que la justicia no es un juicio deóntico, ni de ninguna otra especie; no es un juicio de razón. Es hábito de la voluntad. La acción que de la voluntad justa se genera o acción justa pertenece al orden de los hechos, es un *agere*, un actuar. En consecuencia, no se le puede designar por un enunciado preceptivo; el verbo que le corresponde es el que designa un acto: dar.

Es, en efecto, el acto de justicia la acción de respetar, entregar, restituir, etc., de acuerdo con lo que hemos visto. El acto justo es el cumplimiento del deber jurídico, no este deber. Por lo tanto, pertenece al orden fáctico, de los hechos, es un *Sein*, no un *Sollen*.

Por una traslación de lenguaje se suele hablar de deberes propios de las virtudes: deber de justicia, deber de honradez, deber de religión. Pero es preciso advertir que se trata de una traslación de lenguaje. Las virtudes no son juicios deónticos ni exigencias del ser humano, sino hábitos o disposiciones de las potencias del hombre, particularmente de la razón y de la voluntad. ¿Dónde residen, entonces, esos deberes que indudablemente existen? En el derecho y en la ley, sean de la sociedad, sean los inherentes a la naturaleza humana. En relación con el derecho y la ley existe el hábito de su satisfacción y cumplimiento, que es la virtud. En el caso de la justicia, el deber de justicia es el deber inherente al derecho. Una cosa es la justicia y otra es el *praeceptum iuris*; la justicia es distinta del derecho y de la norma. ¿Cómo confundir una disposición o hábito de la voluntad con la norma o la idea de derecho? A lo cual hay que añadir –lo advertíamos anteriormente– que la justicia pertenece a la voluntad, mientras que la norma es un acto de imperio de la razón y la idea de derecho es un producto de la razón.

No han faltado quienes han criticado el uso de «dar» para la fórmula de la justicia, por entender que encierra una falsedad: si una cosa es suya respecto de un sujeto, ya le ha sido dada, ya la tiene; y si la tiene no es posible dársela. Lo vemos en Kant; y Pieper, aun aceptando la fórmula, no deja de hablar de «hecho extraño». Nada hay de extraño en la fórmula –es de un verismo y una sencillez aplastantes–, ni ese argumento es otra cosa que un sofisma, un juego de palabras.

Todo nace de no advertir, insistimos, que la justicia –y, por lo tanto, su definición– surge allí donde, estando las cosas repartidas, están en poder de persona distinta de su titular. Una cosa puede ser mía y al mismo tiempo tenerla en su poder otra persona. Eso es justamente lo que da surgimiento a la justicia. Algo tan sencillo y corriente como un préstamo amistoso nos puede servir de ejemplo, aparte de cuanto ya hemos dicho antes. Si yo presto mi coche a un amigo por la tarde, durante esas horas el automóvil permanece siendo mío y, al mismo tiempo, ha salido de mi esfera de tenencia para entrar y permanecer en la esfera de tenencia del amigo. Terminado el plazo, es de justicia –así lo exige el derecho– que mi amigo me dé –me devuelva– el coche. Una cosa es tener jurídicamente y otra cosa es tener de hecho. El acto de justicia aparece allí donde tener jurídicamente una cosa y tenerla de hecho, de una u otra forma no coinciden. No solo es verdad que siendo una cosa de un sujeto (jurídicamente) se le pueda dar esa cosa (de hecho), sino que se le da precisamente porque es suya. Lo dicho: el argumento aludido es un sofisma.

*La expresión: «a cada uno».* De acuerdo con la definición de justicia, la acción justa se ordena a dar lo suyo a *cada uno*. Lo cual sirve para señalar una característica del oficio de jurista. Aquello que es propio del jurista es lo que hemos llamado justicia del caso concreto, por oposición a la justicia del político, que sería la justicia del bien común o interés general (si es que tal justicia existe).

¿Qué quiere decir *a cada uno*? Cada uno se opone a conjunto o grupo. La justicia no mira directamente a los grupos o conjuntos sino a cada una de las personas, singulares o colectivas. Observemos la actividad judicial. No es propio del juez dictar normas sobre repartos de bienes en la comunidad política o trazar programas de actuación para lograr un reparto más justo y equitativo de los bienes y de las cargas. Tal cosa es propia de los políticos, en general, de las instituciones sociales. El juez, en un caso concreto, dicta sentencia en relación con el conflicto planteado por



las partes: declara lo que es suyo de cada una de las partes del proceso. Así es la justicia de los juristas: la justicia del caso concreto. Y tal es la actividad del jurista en general. Su misión es la de determinar el derecho en relación con las personas o instituciones singulares. Por eso es muy propio del jurista la solución de conflictos entre particulares, o entre el Estado y los particulares. No se trata de hacer justicia en general, sino de hacer justicia a cada persona o institución en concreto y con relación a todos y cada uno de sus derechos. Ello se deriva de la naturaleza del derecho; cada derecho es igualmente debido a un titular y, por lo tanto, a cada titular debe reconocerse y respetarse todos sus derechos. Para ello es necesaria una organización social que lleve la justicia a todos y en cada caso concreto: es la misión de la corporación de juristas. Todo esto nos pone de relieve un rasgo propio del oficio del jurista. El oficio de jurista existe para hacer justicia a cada persona y en cada caso. Para lo común o general ya existen los políticos. El jurista está para el caso concreto y singular, de modo que se consiga que todos y cada uno vean reconocido su derecho. Esta acción de capilaridad para llevar la justicia a todos y cada uno es lo típico del jurista.

A cada uno. Tal rasgo pone de relieve que la justicia, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere el respeto del derecho de todas y cada una de las personas. Una justicia para la generalidad, la mayoría, junto con el desprecio de la minoría, no es justicia: sigue siendo injusticia y opresión. Todo lo más supone la sustitución de una injusticia por otra de distinto signo.

El justo es el que da a cada hombre, en su singularidad, aquello que le corresponde. Es el respeto al derecho de cada uno y, por lo tanto, de todos. No es justicia esa justicia selectiva que tantas veces vemos en nuestro mundo. Por ejemplo, la justicia de clase. Sus secuaces, para hacer justicia a una clase social –v. gr., los campesinos, los oprimidos, etc.–, no dudan en lesionar el derecho –a veces derechos humanos elementales, como el derecho a la vida o a la libertad– de quienes, según ellos, son un obstáculo a esa justicia de clase. Eso es política –y sin duda ilegítima–, pero no es justicia. La justicia es, en este sentido, omnicomprendensiva y particularista a la vez: a *todos* sin excepción y, por lo tanto, a *cada uno*.

Con ello se advierte que la tarea de implantar la justicia es enormemente exigente; no puede conformarse con generalidades o con la mayo-

ría, debe llegar a cada uno. Precisamente en ese intento de llegar a cada uno se inscribe la función social del jurista.

Dar a cada uno lo suyo lleva a dar a todos lo suyo. Es esto consecuencia del principio de igualdad de todos los hombres como sujetos de derecho y la correspondiente igualdad en la fuerza de deuda –la igual exigibilidad en consecuencia– de todo derecho. Todos los hombres, en la balanza de la justicia, pesan igual en cuanto sujetos de derecho. Como sea que la fuerza del derecho se origina en la dignidad de la persona humana, todo derecho tiene igual fuerza, porque esa dignidad fundamental de todos los hombres –aquella en la que se asienta la condición de sujeto de derecho– es igual en todos.

En relación con el derecho todos los hombres valen lo mismo y su derecho tiene idéntica fuerza. Por eso la justicia mira a satisfacer el derecho de todos, llegando a cada uno. Esto nos indica que el derecho no es una consecuencia del bien común o interés general, lo que supondría la posibilidad de su satisfacción general, aunque se produjesen fenómenos más o menos amplios de marginación en el disfrute de los bienes, según suele ser frecuente en las medidas orientadas al bien común, como son las medidas políticas. Por ejemplo, una medida económica para sanear las estructuras productivas, justificada por el beneficio general que aporta a una sociedad, puede originar paro, que supone un perjuicio para una minoría de ciudadanos. El perjuicio a unos pocos se justifica por el bien común y general. No es este el caso del derecho. Su fundamento no es el bien común, sino la dignidad de persona del hombre. Por eso la obra de la justicia no consiste en medidas generales, que pueden producir fenómenos de marginación, sino que consiste en el respeto del derecho –y de todos los derechos– a todos y cada uno de los hombres e instituciones portadoras de derechos.

Por eso, en relación con la justicia, no cabe favorecer determinados valores a costa del perjuicio de algunos derechos. Eso sigue siendo injusticia.

Los fenómenos de marginación que afecten a verdaderos derechos, sean naturales, sean positivos, constituyen injusticias, pues suponen la negación o el quebrantamiento del derecho. Es propio de la justicia que no admita marginaciones, porque lo específico de ella es dar a cada uno su derecho. Por eso mientras exista ese tipo de marginaciones habrá injusticia, lo que revela unas estructuras sociales injustas. La justicia llega a todos por igual y no hace acepción de personas.

La acepción de personas tiene lugar cuando en el ámbito del derecho se tienen en cuenta condiciones, situaciones o relaciones de la persona distintas del estricto hecho de ser titular de derecho, para reconocerle el derecho o negárselo. Bien puede decirse que la acepción de personas es la injusticia fundamental, pues lo típico de la justicia es no tener en cuenta, en orden a dar a cada uno lo suyo, otra cosa que el nudo y escueto hecho de ser titular del derecho y el igual reconocimiento de todo título.

*Significado de «lo suyo».* En la definición de justicia y en la fórmula del *iuris praeceptum* (el deber fundamental del orden jurídico) el derecho es designado con el término genérico *suum*, lo suyo. Corresponde ahora exponer algunas consideraciones en torno a tal expresión.

Lo primero que salta a la vista es la multiformidad de lo suyo. Que algo es suyo respecto de su titular no siempre significa lo mismo; son muchas las maneras que admite predicar de alguien que una cosa es suya. La plasticidad y la generalidad de la fórmula con la que se define la justicia son evidentes y en esas características reside su virtud y su capacidad de significar el derecho y abarcar tantas modalidades de derecho como existen. Observemos una expresión tan corriente como «voy a mi casa» u otra similar como «mi domicilio». Un edificio, un piso es «mi casa» si en ella he establecido mi morada y residencia, independientemente de si la poseo en propiedad o en arrendamiento. En cualquiera de los dos casos es «mi casa» y en ella tengo «mi domicilio». Sin embargo, la casa no es mía del mismo modo en los dos casos citados, aunque en cualquiera de ellos quien entrase en ella contra mi voluntad cometería un allanamiento de morada. Por otra parte, cuando hablo de «mi domicilio», el adjetivo «mío» tiene un matiz diferente que cuando hablo de «mi casa». «Mío», «tuyo» y «suyo» son palabras que, designando que algo está atribuido al sujeto, admiten múltiples formas de atribución. Si pensamos ahora en un cargo, cuando hablamos de «su cargo», el adjetivo denota otro modo de atribución que «su casa» o «su reloj».

No se tiene del mismo modo una casa o un cargo. Igual ocurre si hablamos del hijo suyo o de su esposa. En todos los casos estamos usando con propiedad el término «suyo», y en todos los casos es distinta la forma con la cosa es suya del titular. Lo suyo denota una relación de atribución o pertenencia, mas la atribución o la pertenencia admiten muchos modos. Por lo tanto, lo suyo es expresión genérica y pluriforme, que abarca todos

los modos posibles de predicar de algo que está atribuido a un sujeto. Comprende, pues, todas las clases posibles de derechos (propiedad, arrendamiento, jurisdicción, competencia, función, etc.). Entonces, si *lo suyo* es pluriforme, ¿cuál es su esencia?, ¿qué es lo que unifica en una misma categoría tantas formas de lo suyo? Lo esencial es la atribución con fuerza de deuda en sentido propio y estricto, que tiene la misma fuerza en todos los casos. El deber de pagar, por ejemplo, tiene igual fuerza en un arrendamiento que en una compraventa. En todas las diversas formas de *lo suyo*, la fuerza de la atribución es la misma y, en consecuencia, la fuerza de la deuda es igual en lo que atañe a la obligación de dar.

¿Qué significa, en conclusión, «suyo»? Quiere decir una atribución exclusiva, que algo está asignado a un sujeto con exclusión de los demás, según distintos modos de atribución o pertenencia.

En segundo lugar, lo suyo es una cosa, como ya se ha puesto de relieve tantas veces en las líneas anteriores. Lo que da la acción justa es una cosa, aquello que pertenece al titular por una relación de atribución. Y lo que el arte del jurista determina es esa cosa. También aquí el término usado no puede ser más general y omnicomprensivo: «cosa». ¿Por qué esa buscada generalidad, a la vez que omnicomprensión? Porque lo que puede constituirse en derecho es muy vario: materia inerte –fundos, casa, objetos de arte, dinero, máquinas, etc.–, semovientes o animales, cosas incorpóreas –funciones, cargos– y aun personas (el hijo, la esposa o el esposo, etc.). Cualquier ente que pueda estar atribuido a un titular –según la multiplicidad de formas de atribución y pertenencia posibles– constituye lo suyo del dicho titular.

Precisamente por su índole omnicomprensiva, la palabra «cosa» abarca cuanto es capaz de constituirse en derecho, lo mismo si se trata de cosas corporales que incorpóreas. Efectivamente, ambos tipos de cosas son capaces de estar atribuidas a un titular, siendo, por consiguiente, suyas, su derecho. Así pues, lo suyo comprende lo mismo cosas corporales, que incorpóreas. Ejemplos de las primeras pueden ser un fundo, una cantidad de dinero, etc. Ejemplos de las segundas pueden ser un cargo o función, un poder o una facultad de hacer.

Lo suyo, es decir, el derecho, se extiende a cosas tan dispares como un semoviente, la vida o la integridad física, la libertad de conciencia, una actividad o acción humana como el trabajo, un servicio o prestación,

etc. Todo lo que es capaz de atribución en exclusiva y, por ende, capaz de constituirse como lo suyo de un titular es objeto de la justicia, si entra dentro de las relaciones intersubjetivas, esto es, entre distintos sujetos.

Una cosa digna de notarse es que la definición de justicia –de la acción justa– y la fórmula del deber fundamental del orden jurídico no dicen que hay que dar a todos lo mismo, sino que hay que dar a cada uno lo suyo. No consiste, en efecto y es fundamental tenerlo en cuenta, la justicia en dar lo mismo, sino en dar lo suyo. Cuando se dice que lo propio de la justicia es dar a todos lo mismo se está cayendo en una falacia: confundir la acción de repartir con la acción justa.

Es posible –no es el momento de entrar en la cuestión– que los bienes y las cargas deban repartirse en igual medida a todos. Suponiendo que esto sea posible –lo cual es mucho suponer ya que tal suposición bordea la utopía (la absoluta igualdad es rigurosamente imposible, dada la diversidad de las condiciones y situaciones en las que el hombre se encuentra)–, dicha igualación se predica del acto de repartir; pero esto no es lo que corresponde a la acción justa –a la justicia– pues tal acción presupone, lo hemos dicho, que las cosas están repartidas. La acción justa es consecuencial al reparto ya hecho. Cuando las cosas están repartidas y existe lo mío, lo tuyo, es cuando, si las cosas salen o pueden salir de las esfera de dominio del titular, entra en juego la justicia. Por lo mismo, la fórmula de la justicia debe decir «lo suyo» y no «lo mismo».

Podemos suponer que hay que dar a todos lo mismo, porque –y en muchos casos es así– todos tienen igual derecho, esto es, porque lo suyo de cada uno es lo mismo que lo suyo de los demás: en tal supuesto, lo justo es dar a todos lo mismo. Es cierto que así es, pero obsérvese que a todos se da lo mismo, porque es lo suyo, no al revés. Por lo tanto, sigue siendo verdad que la fórmula exacta de la justicia y de la acción justa es dar a cada uno lo suyo y no dar a todos lo mismo.

Lo que acabamos de decir nos pone de relieve la falacia del igualitarismo, al afirmar que dar a todos lo mismo es propio y connatural con la justicia. O lo que es lo mismo, que la justicia consiste en el igualamiento. Hay aquí un sutil error. Ciertamente la justicia tiene una inherente dimensión de igualdad: trata a todos igual, sin discriminación o acepción de personas. Pero esta igualdad no está en lo que da, sino en cómo lo da. La justicia trata a todos por igual, porque a todos trata lo mismo: da el mismo

e idéntico trato a todos los titulares del derecho y toda titularidad tiene la misma fuerza. En otras palabras: a todos los hombres los reconoce iguales como sujetos de derecho.

Pero el reparto igualitario no es cuestión de justicia, sino de algo que la precede: o la naturaleza –la condición humana– o una decisión política de la sociedad. Si la exigencia de igualación se considera antecedente a la decisión política de la sociedad, necesariamente se llega a la naturaleza humana. ¿Qué pasa, entonces, con el igualitarismo moderno que hace suyo el dicho de Sartre «il n'y a pas de nature humaine»? Sucede que la invocación a la justicia es un enmascaramiento que no se sostiene, porque subvierte la noción misma de justicia.

### *La acción justa como acto segundo*

Por la propia definición de la justicia y de la acción justa se advierte un axioma fundamental –al que ya nos hemos referido– para entender esa virtud y esa acción. Este axioma podemos enunciarlo así: la justicia y la acción justa siguen al derecho; o también: el derecho preexiste a la justicia y a la acción justa. En otras palabras, el acto de la justicia o acción justa es un *acto segundo*, por seguir la terminología de Pieper.

¿Qué quiere decir acto segundo? Quiere decir que la acción justa presupone el acto de constitución del derecho, el cual, en relación con la justicia, aparece como acto primero o antecedente. Es algo axiomático y evidente. Si el acto justo consiste en dar a cada uno lo suyo, lo que equivale a decir su derecho, resulta obvio que el derecho preexiste al acto justo. La acción justa tiene lugar si –y solo si– existe un derecho que tiene que respetar, si el titular tiene algo suyo, que hay que darle. Ya se dijo antes que el punto de partida de la justicia es que las cosas están repartidas. El reparto es, pues, antecedente a la acción justa.

Lo cual tiene como consecuencia que el reparto no es un acto de la justicia. No es propio de la justicia repartir los bienes y las cargas. Sin embargo, con ser esto algo axiomático y evidente de por sí, resulta una verdad sumamente oscurecida en la mentalidad común que tiene como más verdad que la justicia es virtud del reparto y, en consecuencia, que hay repartos justos e injustos. En rigor, esto es un error, pero como ocurre

que en los errores comunes y más extendidos suele haber un punto de verdad, se impone una breve reflexión al respecto.

Repartir los bienes y las cargas es, de suyo, un acto de dominio o potestad. Solo quien tiene un dominio sobre los bienes puede repartirlos, haciendo que los bienes divididos pasen a ser de otros. El reparto es un acto de dominio, porque es un acto de traslación de dominio. En relación con los favorecidos por el reparto, las cosas repartidas no son suyas antes del reparto, se hacen suyas por la concesión del dominio que otorga el reparto. Si un padre divide su fundo entre los hijos, antes de la división y del reparto los fundos resultantes todavía no son de los hijos. Si un organismo estatal, en un proceso de reforma agraria, adquiere un latifundio y lo divide en parcelas que entrega a los nuevos colonos, es obvio que antes del reparto las parcelas no son suyas respecto de los colonos. No habiendo lo suyo en relación con los beneficiarios del reparto, este no es un acto de dar a cada uno lo suyo, y, por lo tanto, no es un acto de justicia, es un acto de dominio. El reparto puede ser también un acto de potestad, como el reparto de cargas tributarias o la atribución de penas a los delitos. Y es que la justicia no consiste en repartir, sino en respetar el reparto. El reparto ya hecho es el presupuesto de la justicia.

Sin embargo, parece con no menos evidencia y claridad que existen repartos justos e injustos. Ciertamente esto no se puede negar y, a veces, la acción justa, la acción de dar a cada uno lo suyo consiste en repartir bienes y cargas. Esto es verdad, pero no lo es menos que, en tales casos, preexiste al reparto el derecho de los destinatarios del reparto a la parte correspondiente, lo que supone que tal reparto es un reparto segundo o consecuencial a su primer y originario reparto, que constituye el derecho. Es el caso del reparto de una herencia hecho por el juez o el albacea. Tal reparto a los herederos tiene como antecedente la ley o el testamento, los cuales, una vez muerto el causante, son título de derecho para los herederos respecto de la herencia yacente. La parte de la herencia que le corresponde es ya del heredero, fallecido el causante, por título de ley o de testamento, aunque todavía no resulte claro qué bienes en concreto constituyen su parte. Precisamente determinar lo suyo del heredero –su herencia– es función del jurista. En estos repartos segundos –esto es, que son subsiguientes al derecho preconstituido– interviene la justicia y hay repartos justos e injustos.

Todo ello nos pone de relieve que si podemos hablar de la justicia con relación a unos repartos y si existen reparos justos e injustos es porque a esos repartos antecede el derecho, son repartos segundos. ¿Y si resulta que a estos repartos no antecede un derecho positivo? Entonces, una de dos, o no es posible invocar la justicia o lo que antecede es un derecho natural. Lo que no cabe es, en ausencia de un título positivo, invocar la justicia para un reparto y, a la vez, negar el derecho natural. Esto es una inconsecuencia. La justicia no es cuestión de ideas o ideales, sino cuestión de derecho realmente existente.



## IV. EL DERECHO

### *El concepto de derecho*

El tema más central de la filosofía del derecho es la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? Se trata de identificar qué realidad es la que merece el nombre de derecho en sentido propio y estricto y, una vez identificada, considerarla en su más íntima esencia y en sus últimas causas. A este asunto central dedicaremos nuestra atención ahora, como corresponde después de la noción de justicia. Vamos, pues, a entrar en el análisis y exposición de la noción o concepto de derecho.

Ante todo conviene decir unas palabras sobre el concepto mismo de derecho. Puesto que se trata de captar aquellas notas que convienen a todo derecho existente —se parte, pues, de la experiencia jurídica—, el concepto de derecho es un universal. Contiene, por lo tanto, aquellas notas que son propias de todo derecho, en cuya virtud es precisamente derecho la realidad a la que de ese modo denominamos: en eso consiste un concepto universal. Con ello queda claro, desde el primer momento, que el concepto de derecho no se realiza prevalentemente en un tipo o clase de derecho y, en consecuencia, de modo más débil en otro tipo o clase, si no que se realiza *igualmente* —del mismo modo y con la misma fuerza— en todo derecho, sea natural, sea positivo, sea canónico, sea estatal. Si es posible distinguir entre un derecho natural y un derecho positivo, ninguno de estos tipos puede ser más derecho en sentido antonomásico o derecho en mayor grado que el otro, porque si el concepto de derecho es un universal,

se realiza igualmente en toda realidad de la que se predica que es derecho. Si acaso resultase que de la noción de derecho establecida se dedujese una gradación, tal noción no sería un verdadero universal y, por consiguiente, se trataría de un concepto mal construido.

El concepto de derecho –acabamos de decir– es un universal elaborado por la razón *a posteriori*, partiendo de la experiencia. Con ello queda dicho que no es una idea pura *a priori*, sin contenido o sin otro contenido que el de pura razón. Para elaborar el concepto de derecho, nuestra mente parte de la experiencia particular, es decir, del conocimiento de los derechos existentes, de los cuales por abstracción separa las condiciones singulares de realización existencial y obtiene los rasgos comunes universales. Nada más lejos, en consecuencia, del concepto de derecho que ser una idea o ideal, de la cual participarían de modo más o menos pleno los derechos reales existentes. El concepto de derecho procede de la experiencia –de los derechos existentes– por abstracción y por ello se encuentra igualmente realizado en todo derecho.

Puede advertirse así que la filosofía del derecho no tiene como función el estudio y la elaboración de ideas puras o nociones formales *a priori*, sino que su objeto de estudio es la realidad, la experiencia jurídica, de la que abstrae los conceptos. Estos conceptos, si bien son fruto de la razón, tienen un fundamento *in re*, esto es, expresan lo universal realizado en lo particular existente. Los conceptos, pues, son entes de razón, pero expresan una realidad extramental.

Por ser un universal, el concepto de derecho es metaempírico; penetra más allá del fenómeno jurídico, traspasando la experiencia sensible. Lo cual significa que el concepto de derecho no se limita a ser la descripción de una experiencia. Por lo mismo, el concepto de derecho se forma a partir de dimensiones, aspectos y estructuras metafenoménicos del derecho, en los cuales residen los rasgos más esenciales del derecho. No todo lo que aparece como derecho es derecho, sino tan solo aquello que realiza el concepto de derecho, según lo fenoménico y según lo metaempírico. Ahí reside el error fundamental del empirismo jurídico, en el que se funda el positivismo: todo lo que aparece como derecho, afirma, todo lo que empíricamente tiene las características del fenómeno jurídico, es derecho. No hay tal. La realidad supera lo empírico y el derecho tiene también una dimensión metaempírica. Es más, la composición última y la íntima esencia de los seres –y por ello del derecho– son metaempíricas; consecuentemente, el derecho

tiene unos rasgos esenciales metafenoménicos —abstraídos por la mente al elaborar el concepto universal—, que pueden no darse en algún fenómeno que aparezca como derecho: no todo lo que aparezca como derecho será tal; solo lo es aquella realidad a la que conviene el concepto de derecho.

Si el «derecho» es un concepto, es más que un mero nombre: expresa rasgos entitativos comunes y universales de todo derecho. Aunque ente de razón, tiene una inherente referencia a la realidad: contiene lo común universal de lo particular existente. Por eso su estudio y análisis no es solo cuestión de estudio y análisis del lenguaje; «derecho» no es simplemente una locución propia de los juristas. Es más que simple locución, es concepto que conviene a algo real. De ahí que su estudio y análisis sea, en definitiva, estudio y análisis de una realidad: la experiencia jurídica.

### *El derecho en sentido propio y primario*

De los avatares históricos de las distintas acepciones de la palabra «derecho» se deduce que hay tres cosas de las que se ha predicado que son *derecho*, esto es, realidad jurídica: la cosa debida, el derecho subjetivo y la ley. Son, sin duda, tres elementos del fenómeno jurídico, sin prejuizar por ahora si la cosa justa o debida y el derecho subjetivo son o no dos realidades adecuadamente distintas. De las tres se ha dicho que son derecho y de cada una de ellas se ha escrito, por una serie de autores, que es el derecho en sentido propio y primario. Esta es, justamente la cuestión que ahora ha de ocuparnos: ¿a qué llamamos derecho en sentido propio y primario?, ¿cuál de las tres realidades es *el derecho*, siendo las demás derecho, en el sentido de ser elementos de la realidad jurídica, pero llamándose derecho analógicamente, por su relación con el derecho en sentido propio y estricto?

Para situar la cuestión en sus justos términos, nuevamente hemos de recordar lo que tantas veces hemos dicho: el modo de conceptualizar depende de la perspectiva adoptada. Y la perspectiva de la filosofía del derecho es la perspectiva jurídica, que es la perspectiva del jurista. Desde esta perspectiva, la palabra «derecho» designa propiamente *el objeto del oficio de jurista*. El derecho es, justamente y no otra cosa, el objeto del saber y de la acción de determinar y decir que constituyen lo propio del oficio del jurista. Es aquello que el jurista sabe determinar y declarar: *ius*

*dicere*. Es el objeto de su ciencia, de su arte o prudencia, que por eso recibe el nombre de *iuris prudentia* y de *iuris peritia*. El jurista es el jurisprudente y el jurisperito, sabedor y sentenciador del derecho. Recordemos, a la vez, que el objeto del oficio del jurista coincide con el objeto de la justicia; lo que la justicia conduce a dar: el *ius suum* o lo *suum*, lo suyo de cada uno. Hemos visto que los juristas romanos tenían el arte del derecho como la ciencia de lo justo, que es el objeto de la justicia; lo justo es, pues, el objeto del oficio del jurista, lo que equivale a decir que lo justo y el derecho –lo hemos repetido ya– son lo mismo. La pregunta crucial es, pues, esta: ¿a qué llamamos justo, qué es lo justo: la ley, el derecho subjetivo o la cosa debida? Aquello que sea lo justo, esto es, lo suyo de cada uno, eso es el derecho en sentido propio y primario.

Que el derecho en sentido propio y primario es la ley ya lo dijo Buridán (siglo XIV) y lo encontramos también en Oldendorp (siglo XVI), lo cual no hay que confundir con llamar derecho o *ius* a la ley –en sentido derivado–, como ya se ha advierte en los juristas romanos (no así en Grecia, donde la ley se llamó *nómos* y nunca *díkaion* ni por otros derivados de *díke* o *dikaioσύνη*). Tampoco hay que confundirlo con la postura de legistas y canonistas, afirmando que su estudio se ordenaba principalmente a las leyes, por ser la *ars iuris* la *collectio praeceptorum*, que era una postura más práctica que teórica. El normativismo –la ley es el derecho y el derecho la ley–, aunque con precedentes en siglos anteriores, tanto de filósofos como de juristas, es propiamente una corriente que fue extendiéndose en el siglo XVIII y se generalizó a partir del siglo XIX. Con la Escuela histórica y la Escuela francesa de la exégesis, puede considerarse consolidada, de modo que es, sin duda y con mucho, la corriente que ha prevalecido en los dos últimos siglos. La filosofía del derecho, de Kant a nuestros días, ha sido fundamentalmente normativista, de forma que los seguidores del realismo jurídico clásico han constituido una minoría. Por su parte, la ciencia jurídica moderna también ha seguido –prevalentemente– el normativismo, sin que los canonistas hayan constituido una excepción significativa.

Pero ¿está asentado el normativismo en sólidas bases científicas? En otras palabras, ¿es correcto sostener que la ley sea el derecho en sentido propio y primario, o tal postura es producto de una inadecuada evolución de la ciencia jurídica?

Afirmar que la ley es el derecho en sentido propio, quiere decir que el arte del derecho es la *ars legum*. Pero ello significa, ante todo, el arte de hacer leyes. Esto supuesto, si la filosofía del derecho fuese filosofía política, si la ciencia jurídica fuese ciencia política y si el jurista tuviese por fin de su arte el correcto dinamismo de la sociedad –la consecución total del bien común–, en otras palabras, si la justicia consistiese en el orden total de la *pólis* y de su dinamismo –la armonía política–, sin duda el derecho sería un concepto político y su acepción propia y primaria sería la ley. Es, en efecto, la ley la que señala la conducta recta hacia el bien común y lo que ordena las conductas humanas a él. Por eso la ley –el ordenamiento legal– es un elemento vital de la *pólis* y, en consecuencia, un factor de primer orden en la filosofía y la teoría políticas. De ahí que los libros clásicos de la filosofía política lleven por nombre *De legibus* o *Las leyes* y, en todo caso, que la filosofía de la ley constituya el centro, o al menos parte importante, de los tratados de filosofía política. Si lo típico y especificador del oficio de jurista fuese dar leyes o saber dar leyes, el derecho –objeto del oficio de jurista– sería la ley.

Pero quienes dan las leyes, quienes tienen por oficio y ministerio procurar que la comunidad humana tenga buenas leyes son los políticos, no los juristas. No son el juez ni los tribunales quienes instituyen las leyes, no es esa su función propia. Ciertamente los juristas pueden tener una función consultiva en el proceso de elaboración de las leyes, especialmente si se trata de leyes que recogen soluciones de derecho nacidas de los juristas (cosa frecuente en el derecho privado), pero aun en este caso la función del jurista es meramente consultiva. Los trámites legislativos son cosa de las comisiones parlamentarias y del Parlamento y, en todo caso, del poder legislativo que cada régimen político tenga instituido. Hacer las leyes es función de los políticos, no de los juristas.

Mas ¿no cabe entender la *ars legum*, como el arte de interpretarlas? Bien es verdad que función del jurista, y muy principal, es interpretar las leyes y, en este sentido, la ley tiene una directa e íntima relación con el oficio de jurista. Decir el derecho requiere muchas veces interpretar la ley, declarar lo que la ley dice. Pero esta función no es terminal –no se termina la función del jurista en la interpretación de la ley–, sino que es una función medial e instrumental. ¿Para qué interpreta la ley el jurista? La respuesta es clave, porque las artes se especifican por su finalidad, no por su

instrumental. Pues bien, la interpretación de la ley no la realiza el jurista en función del bien político –no se trata de conducir a los ciudadanos a la consecución de todos los fines de la *pólis*–, sino en función de la justicia, es decir, en función de decir y determinar lo justo, sea legal, sea distributivo, sea correctivo-conmutativo. En efecto, la ley cumple la función de regla y medida de lo justo y no pocas veces crea títulos de derecho (causa de derecho). Ello es obvio en lo justo legal, pero no es menos claro en lo justo distributivo o correctivo: si la ley –por ejemplo– señala partes alícuotas de una herencia, es causa y regla de lo justo distributivo; si fija el precio de un artículo o mercancía es regla de lo justo conmutativo. Lo propio del jurista es –valgan los ejemplos recién puestos– decir qué parte de la herencia yacente corresponde a cada heredero, o cuál es el precio que debe pagar el comprador; para ello necesita saber interpretar la ley, pero la interpreta para ello, no por sí misma. La ley no es objeto específico del oficio del jurista, no es el derecho, aunque sin duda es derecho, parte de la realidad jurídica.

Hacer de la ley el derecho lleva consigo un trastrueque en el oficio de jurista. El objeto del oficio de jurista se transforma en la aplicación de la ley. El orden jurídico, en lugar de ser orden de la justicia, es visto como el orden de las conductas conforme a la ley; ello supone ceñirse a la justicia legal –desapareciendo de la perspectiva del orden jurídico lo justo distributivo y lo justo conmutativo, lo cual no es razonable– y confundir el orden jurídico (cumplimiento de la justicia) con el orden político (ordenación de la sociedad mediante leyes). Asimismo, si el oficio de jurista se limita a la aplicación de la ley, se entiende como una función política: garantizar el desarrollo de la vida social de acuerdo con las leyes. ¿Dónde queda, entonces, el orden justo, el orden de la justicia? La distorsión que introduce el normativismo en la función del jurista, al que identifica incorrectamente, muestra su falsedad. En el fondo, el concepto de derecho del normativismo no es un concepto de derecho, porque está elaborado desde la perspectiva política y no desde la perspectiva jurídica, que es la perspectiva del jurista.

En cuanto al normativismo metodológico –el de aquellos juristas académicos que dan primacía a la ley como su objeto directo de estudio– hay que decir dos cosas: en primer lugar, que el concepto de derecho debe obtenerse desde la perspectiva del jurista práctico, pues la justicia no es una

teoría sino una *praxis* (la de la acción justa); en segundo lugar, que una perspectiva meramente metodológica no es aquella desde la que se obtienen conceptos esenciales, uno de los cuales es el concepto de derecho que nos interesa. El normativismo metodológico no puede dar lugar al concepto propio y estricto de derecho.

¿Será acaso el derecho subjetivo el derecho en sentido propio y primario? Así lo sostienen algunos autores. Unos omiten establecer una relación entre la justicia y el derecho subjetivo. Suárez, en cambio, la estableció. Para él la facultad moral de hacer, omitir o exigir —derecho subjetivo—, sería el objeto de la justicia, en lugar de la cosa justa; tal sería el significado del *ius suum* de la fórmula de la justicia, que el *Digesto* trae: dar a cada uno su derecho subjetivo.

La tesis de la primacía del derecho subjetivo, su consideración como el derecho en sentido propio y primario, lleva consigo constituir al titular del derecho subjetivo como el protagonista del orden jurídico. El orden jurídico o armonía social justa consistiría fundamentalmente en el libre y correcto ejercicio de los derechos subjetivos, por lo que el objeto del estudio del jurista sería el sistema de derechos subjetivos. ¿Qué decir de esta tesis?

Por de pronto, tal postura introduce una inversión de términos, casi imperceptible, pero real, en la noción de justicia. Lo justo sería el ejercicio del derecho subjetivo, lo cual llevaría como consecuencia el respeto a ese derecho. Por eso no son pocos los autores que ven la justicia y lo justo en el libre ejercicio de los derechos subjetivos. Pero esto es una confusión. Si el derecho subjetivo es una facultad moral o potestad de la persona, su ejercicio es un acto de dominio, no un acto justo, el cual, en todo caso, consiste en el respeto a dicho ejercicio. Si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho, la justicia y lo justo no consisten en ejercer los derechos subjetivos, sino en respetarlos. El sistema de derechos subjetivos es un sistema de facultades o sistema de dominio, no el sistema de la justicia o el sistema jurídico, el cual, en todo caso, se refiere al respeto de los derechos subjetivos. En otras palabras, no se es justo porque se ejerzan los derechos —por eso se es dueño—, sino porque se cumplen los deberes.

Por otra parte, como sea que en relación con el derecho subjetivo la justicia y lo justo coinciden en su respeto, esto lleva consigo que lo

justo no sea el derecho subjetivo o su ejercicio, sino la no interferencia al derecho y a su ejercicio. Pero si esto es así, el derecho subjetivo no es el objeto de la justicia, no es lo justo –que lo es el respeto–, por lo cual la tesis criticada cae por su base.

En tercer lugar, si el derecho fuese el derecho subjetivo, lo justo consistiría –lo acabamos de decir– en respetar el derecho y en el cumplimiento de los deberes correlativos al derecho; lo que llevaría consigo que la justicia comenzaría a tener operatividad –a ser debida la acción justa– a partir de la iniciativa del titular del derecho a ejercerlo (desde el momento en que el titular exigiese lo correspondiente al derecho). Mas esto es falso. Por ejemplo, cumplido el plazo de devolución de un préstamo, existe el deber jurídico, de justicia, de pagar, sin esperar a la reclamación por parte del prestamista. Si fuese verdad la tesis de la primacía del derecho subjetivo, sin reclamación del acreedor no habría obligación de pagar, lo cual es a todas luces falso.

Lo que se acaba de decir pone de manifiesto la primacía de la deuda sobre la exigibilidad. El titular del derecho puede exigir o reclamar la cosa constituida en derecho –puede reclamar o exigir la acción justa– porque el derecho es, a la vez, debido y exigible. Pero ¿es debido porque es exigible o es más cierto lo contrario? Los ejemplos que acabamos de poner nos muestran que lo verdadero es que el derecho es exigible porque es debido. El derecho es ante todo debido, de modo que el deudor debe realizar la acción justa en el momento oportuno sin necesidad de exigencia o reclamación. Esta, la exigencia o reclamación, es facultad del acreedor cuando el deudor no cumple con la deuda oportunamente; y nace del hecho de que el deudor está constreñido por un deber o deuda en sentido estricto, cuyo origen es la atribución de la cosa a su titular.

La acertada identificación del derecho en sentido propio y estricto es mérito de la tradición clásica –el realismo jurídico clásico– o tradición romana, cuyo precedente filosófico es Aristóteles: el derecho en sentido propio y primario es la cosa justa, también llamada lo justo o suyo (lo que pertenece y corresponde al titular). Digamos unas breves palabras al respecto.

Si la acción justa consiste en dar a cada uno su derecho, o lo suyo, el derecho es el objeto de la justicia, o, por mejor decir, el objeto de la



acción justa. Es por ello el objeto del arte del jurista, lo que este determina y declara. Pero como la acción justa consiste en *dar* (en el múltiple sentido de este verbo), lo que da son *cosas*: el fundo a su dueño, la conducta prescrita por la ley a la sociedad (el cumplimiento de la ley es *derecho* de esta: cosa debida a ella por el ciudadano), el precio al vendedor, la casa arrendada al arrendatario, los bienes de la herencia al heredero, etc. El derecho es una cosa.

Naturalmente, el derecho no es la cosa en sí, sino la cosa en cuanto está relacionada con unos sujetos en la situación complementaria atribución-deuda: la cosa atribuida a un titular, que es debida por quien interfiere la situación de pacífica posesión, uso y disfrute. El derecho es, pues, la cosa en una relación social, la cosa relacionada con dos o más personas como atribuida-debida. Lo veremos más adelante.

### *La definición de derecho*

¿Qué es, según lo dicho, el derecho? ¿Cómo definirlo? A estas preguntas cabe responder así: *derecho es aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a este, en virtud de una deuda en sentido estricto.*

Esto es justamente el objeto de la acción justa y el objeto del arte del jurista. Esto es *lo justo*, aquello que el jurista debe discernir y declarar. Así pues, *el derecho* y *lo justo* son lo mismo que *lo suyo* en cuanto debido.

Seguidamente hemos de describir y analizar las distintas facetas que presenta el derecho.

### *El derecho como objeto de la justicia*

Hemos visto una doble fórmula de la justicia, sin otra diferencia que la sustitución de la palabra *suum*, lo suyo, por *ius suum*, su derecho: «*suum cuique tribuere*» o «*ius suum cuique tribuere*». Lo suyo y su derecho son términos equivalentes, el derecho de cada uno es lo suyo. Y lo suyo de una persona es aquello que le está atribuido en el reparto de cosas. Esa cosa que, repartida, está atribuida a una persona y que el hombre

justo debe dar cuando esa cosa –sin ser suya– está en su ámbito de poder o interferencia, es justamente lo que los juristas romanos llamaron *ius* o derecho, equivalente a *lo justo* de Aristóteles. El derecho es, pues, lo que la acción justa *da* –dar a cada uno su derecho–, la cosa que se da, esto es, el objeto del acto propio de la justicia: el derecho es el objeto de la acción justa. Dicho en otras palabras, el derecho es la cosa que el hombre justo devuelve, restituye, entrega, respeta, etc. Y como el derecho es objeto de la acción justa, se dice también que es objeto de la justicia.

Aclaremos algo más esta afirmación. ¿Qué significa que el derecho es objeto de la justicia? Significa que el derecho es aquello que respecto de la justicia como virtud tiene razón de objeto. Podemos, pues, preguntarnos a qué llamamos objeto de la virtud. Las virtudes son disposiciones de las potencias del hombre, por las cuales este se inclina a actuar rectamente de modo habitual y con facilidad. Son, por lo tanto, disposiciones de las potencias humanas. Y las potencias humanas producen actos, que la razón regula imprimiendo orden racional o rectitud, el orden correcto que corresponde por naturaleza (lo recto natural) o por ley humana (lo recto legal). Si las virtudes son disposiciones de las potencias y estas producen actos o conductas, que son su objeto, esos actos o conductas constituyen el objeto primero de las virtudes.

Estos actos –que se denominan genéricamente actos de la virtud, aunque propiamente son actos de las potencias rectificadas por la virtud– pueden recaer sobre una materia o cosa; por ejemplo, beber comporta una actuación sobre una materia, la bebida. En tal caso, a esa materia o cosa se le llama materia u objeto del acto; y de modo mediato –en cuanto materia u objeto del acto– recibe el nombre de objeto de la virtud, más precisamente objeto mediato o segundo de la virtud.

Según esto, el objeto primero o inmediato de la justicia es la acción justa. Y como esta tiene por objeto una cosa –lo que se da: el derecho– la cosa dada es el objeto mediato o segundo de la justicia.

Por ser el derecho el objeto de la justicia, es obvio que el derecho es lo justo, o lo que es lo mismo, que tiene una relación trascendental con la justicia. Lo cual quiere decir que tiene una relación trascendental con el orden o armonía sociales que se generan cuando cada persona tiene lo suyo, lo que le corresponde por estarle atribuido. El derecho es lo que está legítimamente atribuido y, por lo tanto, es lo que legítimamente hay que

dar. El derecho está en el orden del reparto correcto. Cuando dar la cosa –entregar, respetar, restituir, etc.– aparece como pretendidamente debido en un sistema de atribuciones incorrecto o injusto o en que las relaciones sociales son igualmente incorrectas e injustas, de modo que puede hablarse de un desorden o disarmonía por injusticia, entonces no puede decirse que la acción de dar sea justa –por el contrario, es injusta– ni que su objeto sea lo justo. Estaríamos en presencia de *lo injusto*, lo que sería tanto como no-derecho. Derecho solo es *lo justo*. El derecho, como objeto de la justicia, tiene una relación trascendental con ella.

Tener una relación trascendental supone que se trata de una relación que afecta a su ser. En tanto es, en cuanto que se da esa relación. Por consiguiente, el derecho en tanto es derecho en cuanto es lo justo. Y en cuanto es injusto, en tanto es no-derecho.

Similares observaciones pueden hacerse respecto del oficio de jurista. Las artes o ciencias prácticas, como es el caso del oficio de jurista, se especifican por su objeto o fin. El fin del oficio de jurista es lo justo, pues consiste en decirlo, en discernir lo justo de lo injusto para así declarar el derecho. También aquí cabe hablar de una relación trascendental con la justicia, que se expresa con la ordenación esencial del oficio del jurista a lo justo, en tanto lo justo es su finalidad objetiva y específica. El jurista está esencialmente al servicio de la justicia. Si de hecho no ocurre así, se produce una corrupción del jurista, que altera su oficio. Así el juez injusto corrompe y falsea su función, que ya no es la función del juez, sino su corrupción. Es similar a lo que sucede con el médico que, con ánimo homicida, receta una ponzoña en lugar de un medicamento; aunque él sea médico, no actúa como tal en ese caso, ni el acto de recetar puede ser llamado –en su íntima esencia– un acto médico.

Sin duda la apariencia –la fenomenología– del oficio del jurista y del acto del jurista se mantienen en el acto injusto, pero es solo la apariencia; en su íntima esencia se corrompen.

### *El derecho como lo debido. La obligatoriedad*

El vocablo «derecho» es –dijimos– una palabra propia de juristas. *Ius* nació como término de juristas y expresaba lo suyo de alguien o cosa

justa en cuanto entraba en el ámbito de la función del jurista, bien fuese en tela de juicio, bien fuese como caso concreto sobre el que el jurista debía pronunciarse. Esta realidad no ha cambiado sustancialmente.

El derecho es una cosa. Pero la cosa –el fundo, la servidumbre, la herencia...– no interesa tanto al jurista por sí misma, sino en relación con su oficio, que es tanto como decir en relación con la acción justa. Le interesa, pues, como aquello sobre lo que ha de pronunciarse, en cuanto se trata de delimitarla y de determinar qué debe hacer el hombre justo –darla a su titular, cuándo, etc.– para cumplir con la justicia. Ello significa que la cosa o realidad de que se trate está repartida, atribuida a un titular, y se halla en estado de interferencia actual o posible. Sin duda, pues, la cosa o realidad está en relación de atribución respecto de un sujeto. La cosa es suya del titular. Esta relación de *suidad* o atribución no solo existe, sino que es lo primario y fundamental –fundamento y fundante– en el orden de la justicia. Es el punto de partida. Pero ¿es esto lo que de suyo constituye a la cosa como *derecho*? Así parece a primera vista. La cosa es mi derecho –tu derecho, su derecho– porque me está atribuida. Sin embargo, no es así.

Ya se ha dicho que las nociones y conceptos se construyen desde la perspectiva de la ciencia o arte. Un cuerpo celeste para la metafísica es un ser, para la teodicea es un ente creado, para la astronomía es una estrella (o un planeta, o un asteroide, etc). ¿Desde qué perspectiva las cosas –corporales o incorpóreas– son en definitiva derecho? La respuesta es obvia: desde la perspectiva del jurista. Y la perspectiva del jurista –lo hemos repetido ya– es la perspectiva de la acción justa, del hombre justo. Pues bien, desde esa perspectiva la cosa aparece como *debida*, como una deuda. Es lo que *debe darse*. Ciertamente la cosa es debida a un titular porque es suya; sin duda el fundamento de la deuda, lo que fundamenta el deber es la titularidad de la cosa. Todo esto es verdad, pero no lo es menos que, tal como aparece la cosa ante el hombre justo y, por lo tanto, ante el jurista, es en su condición de debida. El derecho es lo que, por estar atribuido, es lo debido.

El derecho, se ha dicho antes, es el objeto de la acción justa: lo que el acto justo da. Por lo tanto, lo específico del derecho es su relación con la justicia. Algo es derecho en cuanto aparece en la relación de justicia como objeto: como objeto de la acción justa. Por eso lo más específico

del derecho es su condición de debido, que es lo que le constituye como objeto de la justicia. La condición de suya, la titularidad de la cosa no es aquello por lo cual la cosa entra, sin más, en una relación de justicia. Para que se produzca la relación de justicia es necesario que a la condición de cosa atribuida a un sujeto se añada la situación de no interferencia. En otras palabras, lo más consustancial de la relación de justicia es el deber o la deuda.

Lo mismo ocurre si se observa la cosa atribuida desde el punto de vista del titular dentro de una relación de justicia. En una relación de justicia, la cosa aparece ante el titular como aquello que le es debido, aquello que debe dársele (respetar, entregar, devolver, etc.). Aunque el fundamento o relación fundante del derecho sea la titularidad, lo específico de la relación de justicia –y, por tanto, lo específico y constitutivo del derecho– es la índole de debido, la deuda.

Que el derecho sea debido nos señala una de las características que tradicionalmente se han atribuido al derecho: su imperatividad. En realidad, el término «imperatividad» es más apropiado para las leyes, las cuales dimanar de un poder o *imperium*. No es este el caso del derecho, respecto del cual es más propio hablar de deuda u *obligatio*. Es, pues, preferible usar el término «obligatoriedad». El derecho tiene como nota o característica esencial suya ser obligatorio, es decir, constituir una deuda en sentido estricto y propio. Es un *Sollen* o deber-ser.

La obligatoriedad del derecho –su carácter vinculante como deuda– nace de la *suidad* de la cosa que es derecho, esto es, de su atribución al titular como suya. Que una cosa es suya significa que es de dominio exclusivo del titular –según los rasgos y límites de cada forma de *suidad*, de atribución, y, por ende, de ser suya la cosa respecto del titular–, al cual le ha sido atribuida la cosa con esa nota de exclusividad. Este dominio y atribución radican en la condición de persona que es propia del titular. La persona se caracteriza por ser un ente que domina su propio ser y extiende su dominio a su entorno. Es, pues, capaz de hacer suyas –dominio exclusivo– cosas corporales e incorporeales. Este dominio excluye la interferencia por los demás y de ahí se genera la *necesidad* –*obligatio*– del respeto a la situación de no interferencia o del restablecimiento de esa situación en caso de interferencia. En última instancia, la deuda u obligatoriedad tiene su fundamento en el reparto, que distribuye los bienes, funciones y servicios,

estableciendo esferas de dominio y atribución, y el reparto tiene, a su vez, su fundamento en la condición de apropiadora de la persona humana.

### *El título*

Puesto que la acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, resulta obvio que el derecho es la cosa suya del acreedor en cuanto le es debida. Lo suyo y el derecho son lo mismo. Lo cual pone de relieve que, si bien el derecho es lo debido, esta índole de debido es algo que se predica de lo suyo. Es lo propio del acreedor lo que se constituye en derecho en cuanto es debido, pues para que algo sea debido es preciso que tenga un titular, que sea suyo, de este. En otras palabras, el derecho es la cosa suya del acreedor. Sería un error invertir los términos y decir que el derecho es aquello de lo que es titular el deudor en calidad de deuda. El derecho tiene por titular al acreedor, es lo suyo contemplado como debido a él. El derecho tiene un titular, que es el acreedor; el deudor es también titular pero no del derecho, sino del deber correlativo.

Aunque el derecho es tal en cuanto debido, se presenta como algo propio del acreedor o titular. Y ello está causado, hemos dicho, por la relación de *suidad*, por la relación de pertenencia o atribución: el derecho como lo suyo del acreedor. Por eso, lo primero que debe hacer el jurista para decir el derecho es determinar el *titular* o acreedor, lo que conduce a averiguar en virtud de qué título la cosa pertenece y está atribuida al acreedor o titular.

¿Qué es el *título* del derecho? Por título del derecho entendemos aquello en cuya virtud el derecho pertenece o está atribuido a su titular (o sea, al acreedor en una relación de justicia) y, por lo tanto, le es debido. Por ejemplo, la compraventa o la donación para la propiedad o el depósito o el préstamo para la devolución de la cosa.

El título dice relación con la cosa que es derecho en su aspecto de *suya* —el derecho como lo suyo—, pues es aquello en virtud de lo cual la cosa que es derecho se constituye como suya del acreedor según las distintas modalidades de ser suya.

Puede ser título todo aquello que es capaz de producir la atribución de las cosas y, por lo tanto, contiene un poder de dominio en acto. En efecto, como ya hemos hecho notar, el reparto o atribución de las cosas es causado por un dominio o poder y, por lo tanto, puede haber tantos tipos

de títulos como formas de manifestación del dominio o poder existen en relación con las posibles formas de atribución.

Reducidos a sus líneas generales los títulos pueden ser: el contrato, la ley, la costumbre, los actos de gobierno y la naturaleza humana.

Respecto de la naturaleza humana nos remitimos a cuanto más adelante se dice acerca de los derechos naturales. Sea suficiente ahora señalar que la persona humana es un ser que domina su propio ser y es capaz de dominar su entorno. El dominio sobre el propio ser comporta que cuanto constituye su ser sea derecho suyo: son los derechos naturales de la persona humana, cuyo título es la naturaleza del hombre.

El contrato es manifestación de la capacidad de dominio de las personas, que con frecuencia se ejerce o actúa a través de él. El contrato puede ser un acto unilateral de traslación o cesión de dominio o de ejercicio de algunas formas de atribución de bienes, funciones, servicios, etc. Y puede ser un acto bilateral de intercambio. En cualquiera de los dos casos, el contrato puede contener la atribución de bienes y ser, en consecuencia, título del derecho. Tal ocurre con el contrato de donación, el de compraventa, el de trabajo, el de arrendamiento de cosas, etc.

La ley y los actos de gobierno –genéricamente el poder– distribuyen bienes, asignan funciones y competencias, y cosas similares. Por lo tanto, actúan como título de derecho. Lo mismo cabe decir de la costumbre, que tiene fuerza o vigor de ley.

### *La medida*

Para la declaración del derecho, junto a la determinación del título, no menos importante es la determinación de su *medida*. ¿Qué es la medida del derecho? Es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho; la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos del uso del derecho, etc. Por medida del derecho entendemos, pues, un conjunto de aspectos del derecho, que corresponden al qué, cuánto, cómo, cuándo y dónde debe darse para satisfacer el derecho e igualmente con relación al correcto uso y ejercicio del mismo.

La primera tarea que atañe al jurista es identificar y delimitar la cosa que se presenta como derecho. Puede ocurrir que esa tarea no traiga consigo un problema especial. Un préstamo de cien unidades monetarias a un interés del seis por ciento anual por el plazo de un año, supone la entrega de ciento seis unidades al cabo del año. Pero no siempre la identificación del derecho es fácil. Un testamento que divida una herencia –constituida por bienes diversos y múltiples en número y calidad– en partes señaladas solo numéricamente (v. gr., la mitad a A, un cuarto a B y otro cuarto a C), puede traer consigo no pocos problemas de identificación y delimitación. Reducir un contrato, que el juez estima injusto por desproporción de la prestación de una de las partes (*laesio enormis*), a sus justas proporciones, presenta sin duda problemas de delimitación del derecho. Son todas ellas cuestiones que corresponden al qué y al cuánto del derecho, es decir, su medida.

Medida del derecho es también el cómo. Entran aquí dos cosas distintas. Por una parte, cómo es el derecho, esto es, de qué clase o tipo (propiedad, uso, arrendamiento, censo, etc.); por otra parte, la manera de satisfacer el derecho (v. gr., en metálico o en especie) y la manera de usarlo y ejercerlo. Asimismo se incluye en la medida del derecho el tiempo o plazo en que debe entregarse la cosa constitutiva del derecho.

En suma, la medida del derecho comprende: a) la delimitación del derecho; y b) los requisitos, presupuestos y condiciones tanto para la satisfacción del derecho como para su uso y ejercicio. De lo dicho se desprende que la función del jurista se resume en determinar y declarar el título y la medida del derecho. Y es en relación con la medida del derecho que hemos de analizar qué significa que el derecho es lo justo y lo igual.

### *El derecho como lo justo*

Según hemos visto, derecho es el término técnico para designar *lo suyo* del titular en una relación de justicia. Y en cuanto es el objeto de la justicia recibe el nombre de *lo justo*. Derecho, lo suyo y lo justo –hemos dicho repetidamente– son tres sinónimos. Cumple ahora ver por qué llamamos al derecho lo justo.



En lengua castellana –como en otras lenguas– justo designa lo exacto y cabal, lo que tiene las mismas medidas, lo que es igual, de modo que para decir que dos cosas se corresponden exactamente se usa el verbo derivado «ajustar»: se ajustan. Este uso lingüístico proviene de una característica de la relación de justicia: lo que hay que dar en justicia es justamente, cabalmente, exactamente lo debido.

En una relación de justicia, lo debido es lo atribuido en cuanto no interferible. La cosa, debida en cuanto atribuida, es la medida de la corrección y rectitud de la acción justa, como dijimos. Por lo tanto, lo que constituye el deber jurídico o deuda de la justicia es exactamente la cosa que es derecho. Eso es lo que hay que dar, ni más ni menos: lo justo.

En otras relaciones similares a las de la justicia, como las de la solidaridad o caridad, que también entrañan un dar, la corrección o rectitud de lo dado se mide por otros baremos: la necesidad del receptor potencial, las posibilidades del dador, la situación relacional entre ambos, etc. Por eso, lo que hay que dar no tiene un criterio exacto que pueda ser determinante. En cambio, en la relación de justicia ese criterio o baremo es objetivo y está exactamente determinado: hay que dar lo justo, esto es, la cosa debida –bien determinada– en sus exactas proporciones. Lo dado debe ser igual a lo debido.

Por lo tanto, si se da menos de lo debido se comete injusticia; si se da más, es un acto de liberalidad o un error y, en este caso, el acreedor estará obligado a devolver el exceso.

Esta cualidad de justeza que acabamos de ver aplicada a lo principal, que es la determinación del derecho, es igualmente propia de cuanto se contiene en la medida del derecho. Así, por ejemplo, los plazos: si está marcado un tiempo para devolver la cosa –v. gr., préstamo por un año–, esta no es debida antes de ese plazo y, por lo tanto, no es reclamable o exigible hasta que se cumpla el tiempo.

Justicia significa ajustamiento y lo justo indica lo ajustado. Esta es la idea fundamental sobre la justicia y lo justo. Cuando hablamos de la justicia y lo justo no estamos haciendo referencia a ideas más o menos vagas o inconcretas. Ese lenguaje vago puede ser propio del político, pero nunca lo es en los labios de un jurista. Lo justo es el cumplimiento cabal de las leyes, el pago exacto de lo adeudado, la pena proporcionada al delito de acuerdo con las leyes penales, el pago del salario convenido,

etc. Lo justo es, por su naturaleza, una cosa concreta y determinada. Y si en ocasiones se presenta como oscura y difícil, la cosa es determinable mediante el proceso judicial. Y ello se entiende bien, porque el derecho o lo justo es consecuencial al reparto de las cosas, es lo consiguiente al hecho de que las cosas estén repartidas. Repartidas las cosas, todo se resume en la detectación de lo que, por estar repartido, es por su naturaleza determinable.

Que a veces la determinación de lo justo puede ser controvertida o difícil es bien sabido; en definitiva, el jurista por antonomasia, el juez, tiene por función solventar controversias. Pero el arte jurídico consiste precisamente en saber solucionar –a través de un procedimiento– las controversias. El arte del jurista es sobre todo el arte de declarar lo justo en los casos difíciles. Lo que no puede decirse es que lo justo sea algo de suyo vaporoso, inconcreto e indeterminado. Por el contrario, lo justo es de suyo bien concreto y determinado: lo marcado por el título y la medida del derecho.

En este sentido, cabe hablar de una desmitificación de la justicia y de lo justo. No se trata de grandes ideales sociales y políticos, no se trata de una meta político-social de una más perfecta e ideal organización de la sociedad. Quizás en esta clave político-social lo que se llama justicia sea algo inconcreto, incierto, idealizado, posiblemente una utopía. Pero todo esto no representa el mundo del foro y del jurista, que trata del cumplimiento de las leyes, del pago de las deudas, del plazo del arrendamiento, de la devolución del depósito y del préstamo, de la entrega de la mercancía convenida, etc. Con relación al oficio de jurista, lo justo es algo concreto y determinado o, al menos, determinable: ni más ni menos que lo debido.

### *El derecho como lo igual*

El derecho comporta una medida, lo cual quiere decir que la cosa constituida como derecho no es una cosa desmedida, desmesurada o desproporcionada: el derecho es esencialmente armonía, una cosa armónica. En esa armonía radica la rectitud o virtuosidad de la justicia. En tal sentido el derecho no es cualquier cosa, sino una cosa medida y proporcionada.

Lo injusto es lo contrario: la disarmonía, la desproporción, la desmesura, o por poco o por demasiado. El derecho, lo hemos visto ya repetidamente, es lo justo y lo justo es lo ajustado, lo que se ajusta a una medida. Esa medida del derecho se llama tradicionalmente la *igualdad*, de modo que el derecho es lo *igual*.

Aristóteles llamó a lo igual indistintamente mediante dos palabras *ison* y *analogon*, lo igual y lo proporcional; ambos términos significan lo mismo, pues el filósofo griego toma la proporción de las matemáticas, para las cuales la proporción es la igualdad de dos razones, y puede ser aritmética o geométrica, dos tipos de proporción que el Estagirita aplicó a lo justo, según se tratase de lo justo correctivo o distributivo. Tomás de Aquino parece preferir los términos *adaequatio* –adecuación– y *commesuratio* –ajustamiento– que son equivalentes; en todo caso habla constantemente de igualdad. Y de igualdad hablan todos refiriéndose a la justicia. ¿Pero, de qué igualdad se trata? ¿Qué quiere decir que el derecho es lo igual?

Que el derecho es lo igual quiere decir dos cosas: primeramente que lo dado por la acción justa debe ser igual a lo debido; y en segundo lugar, que lo debido es lo adecuado o proporcionado al titular, esto es, al acreedor de una relación de justicia. Lo cual significa que, en definitiva, el derecho es lo proporcionado o adecuado –ajustado– a su titular. La primera igualdad –lo dado debe ser igual a lo debido– tiene su fundamento en la segunda –el derecho, que es lo debido, es lo ajustado y proporcionado al titular o acreedor– de modo que, en última instancia lo que debe darse en una relación de justicia es lo proporcionado al titular del derecho o acreedor.

Fundamentalmente la igualdad es, pues, la relación de proporción o adecuación entre el derecho y su titular, esto es, entre la cosa y el poseedor del título.

### *La igualdad fundante*

Esta igualdad –proporción o adecuación de la medida de la cosa a su titular– no es una relación primaria, sino secundaria o derivada, porque se funda en una relación de igualdad primera y fundamental. Es esta una igualdad *fundamental* (está en la raíz de la igualdad propia del derecho) y,

a la vez, *fundante*, pues es el fundamento de la igualdad o proporción del derecho.

La relación de justicia o relación jurídica es una relación entre personas –aunque derivadamente lo es también entre personas e instituciones o entre instituciones–, cuyo fundamento es el derecho o la cosa justa. La relación jurídica es relación entre personas respecto de unas cosas. Ahora bien, si se trata de una relación entre personas, la relación de justicia o relación jurídica se estructura y toma forma por lo que es la persona y por el modo propio de relacionarse las personas, esto es, por lo que es la persona en sí y por lo que es la persona en relación con los demás. En definitiva, la relación de justicia es una forma típica y determinada de relaciones entre personas. Concretamente, la relación jurídica es la relación entre personas en función del reparto de bienes, funciones y servicios.

¿De qué modo aparece la persona en la relación de justicia? Ante todo aparece como ser que domina su propio ser y puede dominar su entorno; en otras palabras, aparece como un ser capaz de hacer suya una cosa (corporal o incorporeal) y, por tanto, como ser que, supuesto alguno de los títulos indicados en su momento, tiene como suyos –atribuidos– bienes, funciones y servicios. No es esto otra cosa que consecuencia del estatuto ontológico de la persona, de su perfección en el ser, lo que es tanto como decir reflejo de su dignidad. La *suidad*, o atribución en exclusiva de bienes, funciones y servicios es una manifestación de la dignidad ontológica –intensidad y calidad de participación en el ser– de la persona humana. En el respeto a esa dignidad y, por lo tanto, en el respeto a la atribución y a la *suidad*, se funda la bondad o rectitud –virtuosidad– de la justicia, por lo que la rectitud de esta se mide por el objetivo respeto a esa relación de *suidad*, que es tanto como decir respeto a la dignidad de la persona en su específico y particular aspecto de dominadora.

Ahora bien, esa dignidad ontológica es igual en todos los hombres, pues es un estatuto ontológico que entra en la esencia –y por lo tanto, en la naturaleza– del hombre. Como personas, todos los hombres son iguales, lo que quiere decir que son iguales en la dignidad esencial del ser humano. Hay, pues, una igualdad entre todos los hombres como dominadores de su ser y como capaces de dominar su entorno. En otras palabras, todos los hombres son iguales en derecho, es decir, como sujetos de derecho. Los derechos valen lo mismo, exigen lo mismo, son igualmente debidos en todos los hombres. En consecuencia, cada cosa atribuida es igualmente derecho respecto de cada hombre; así la vida es igualmente derecho en todo hom-

bre; o una cantidad determinada de dinero es igualmente propiedad en un hombre que en otro. Por lo tanto, en la relación acreedor-deudor ninguno vale más o prevalece sobre el otro de modo que las cosas asuman un valor superior o inferior en función de la persona. Dado que las personas son iguales como sujeto de derecho, la igualdad en el trato objetivo o justicia entre personas se mide por la igualdad o proporción de las cosas que se dan, de modo que el derecho es atendido en su justa medida, cuando lo que se da por la acción justa es lo justo, es decir, lo igual a lo debido.

La igualdad de las personas en cuanto sujetos de derecho es la igualdad fundante de la igualdad de las cosas, en cuanto funda la igual proporción o adecuación de cada cosa particular a su titular.

Veamos cómo la igualdad se cumple en lo justo legal, lo justo conmutativo y lo justo distributivo.

### *La igualdad en lo justo legal*

¿Dónde reside la igualdad en la justicia legal? Puesto que se trata de la proporción o adecuación de lo dado a lo debido, en este caso se trata de igualdad entre lo cumplido y lo debido; en otras palabras, se trata del cumplimiento fiel de las leyes o adecuación de las conductas a las normas.

Efectivamente, el cumplimiento de las normas se desarrolla en el seno de la relación sociedad-miembro, concretamente en lo que atañe a la relación del miembro respecto de la sociedad. Esta relación, en cuanto es jurídica, comprende la relación deber-derecho del miembro hacia la sociedad. ¿Cuál es el deber fundamental del socio o miembro de la sociedad respecto de esta y el derecho básico de ella respecto de aquel? Como sea que la sociedad es la unión de los hombres para la obtención de un fin común (que recibe el nombre de bien común), el deber básico y fundamental del socio o miembro es contribuir a la consecución del fin común, lo que representa el derecho básico fundamental de la sociedad respecto del miembro. ¿Cómo se determina el deber de justicia del miembro y el respectivo derecho de la sociedad? Aquí entra en juego la ley, como ordenación de las conductas de los miembros de la sociedad hacia el bien común; es la ley la que marca –la regla o medida de– los deberes de justicia del miembro respecto de la sociedad y, en consecuencia, la

medida del derecho de esta. La justicia legal es la satisfacción de un derecho: el derecho de la sociedad con relación a sus miembros. Por eso, la justicia legal realiza la noción de justicia y es verdadera justicia. Y por eso también entra dentro de la función del jurista el estudio del ordenamiento legal o normativo de la sociedad, en cuanto regla o medida de los deberes de los miembros (de los deberes de los ciudadanos en el ámbito de la comunidad política).

La justicia legal plantea un problema: ¿son iguales la sociedad y la persona en cuanto titulares de un derecho? ¿No es la sociedad –particularmente la comunidad política, que es de la que se habla por antonomasia cuando se alude a la justicia legal– superior al miembro, a la persona y por eso no se trata de una relación entre iguales? Si resultase que la sociedad y la persona fuesen desiguales –por superioridad de la sociedad– no se daría una relación jurídica propiamente dicha, de modo que el cumplimiento de la ley no satisficaría suficientemente el derecho de la sociedad y, además, el miembro no tendría verdaderos derechos respecto de la sociedad. En tal caso, la sociedad podría exigirle todo del ciudadano, que no podría colmar la medida de la justicia. Entonces la justicia legal no alcanzaría a ser justicia, la cual requiere la satisfacción plena del derecho y, por lo tanto, la igualdad de los sujetos relacionados.

Hablar de justicia legal, que es hablar de justicia, supone admitir la igualdad entre la persona y la sociedad, pues solo la igualdad entre los sujetos relacionados jurídicamente funda la igualdad entre derecho y prestación. Pues bien, la sociedad no es una realidad entitativamente superior a la persona; es unión de personas con relación a unos fines comunes, por lo cual la sociedad no tiene el sentido de realidad absoluta o última, sino de entidad relativa –en orden a unos fines– y en cierto sentido medial, como medio o instrumento del hombre para alcanzar conjunta y solidariamente los fines a los que se ordena la sociedad. Conjunto de personas, la sociedad no puede constituirse ontológicamente superior a sus elementos constituyentes que son las personas. Vale como ellas, pero no más. Su subjetividad jurídica es proyección de la subjetividad jurídica de las personas componentes. Así pues, como sujeto de derecho la sociedad es igual a la persona, por lo cual caben relaciones jurídicas entre el miembro y la sociedad. La justicia legal es justicia entre sujetos de derecho iguales en cuanto atañe a la subjetividad jurídica.

*La igualdad en lo justo correctivo-conmutativo*

Lo justo correctivo-conmutativo tiene su puesto en las relaciones entre particulares y abarca tres clases de acciones: a) los intercambios de cosas, cuyos casos más típicos son la compraventa y el trueque, pero que abarcan todos aquellos casos en los que ambos sujetos de la relación dan y reciben algo a cambio; b) la entrega de una cosa con obligación de devolverla, como ocurre, por ejemplo en el depósito o el préstamo, o sin tal obligación como es el caso de la donación; y c) el respeto al derecho del otro, como, por ejemplo, el respeto a la propiedad ajena; su contrario es el daño, el cual genera la restitución.

Recibe el nombre de justo correctivo, porque corrige la desproporción o desmesura –en más o menos– entre lo que se debe y lo que se da. Y se llama también justo conmutativo, porque se refiere principalmente al primer tipo de acciones o intercambios.

¿De qué igualdad se trata? En este caso, la igualdad de las partes en cuanto sujetos de derecho se manifiesta en la igualdad de las cosas, lo que impide el enriquecimiento de uno a costa del otro. Esta igualdad puede ser de dos tipos: a) La igualdad de identidad, lo que supone que hay casos en los que lo que se da –lo que se devuelve o restituye– es cabalmente la misma cosa que se ha recibido o tomado: lo debido es la cosa idénticamente la misma que ha pasado, legítima o ilegítimamente, al poder del deudor, v. gr., el coche prestado o robado; b) la equivalencia o igualdad de valor o cualidad, cuando se trata de aquellos casos en los que se devuelven o se intercambian cosas diferentes, como, por ejemplo, la compraventa en la que se intercambian cosas por dinero.

Como puede verse, la igualdad como sujetos de derecho que es propia de los sujetos en la relación de justicia, lleva en el caso analizado –lo justo conmutativo– a la igualdad entre las cosas, la cual es medida de lo justo. La igualdad o equivalencia impide lo poco o lo mucho –desmesura– en el intercambio o devolución, que llevaría consigo una desproporción entre los sujetos: ni depauperación ni enriquecimiento de uno a costa del otro.

Veamos, como ejemplo, los intercambios. Los intercambios que se rigen por la justicia son aquellos en los que las cosas intercambiadas se

constituyen en derecho recíproco de cada una de las partes en virtud de la mutua entrega de cosas. Así en una compraventa, la entrega del precio constituye al comprador en titular de la cosa comprada, al mismo tiempo que el dinero del precio se hace derecho del vendedor por la entrega de la cosa. Cada cosa se hace derecho de los intercambiantes en sustitución de la otra. Esto es, cada cosa sustituye a la otra como parte del conjunto de bienes propios de los sujetos. Y esa sustitución es precisamente lo que genera la titularidad del derecho. Porque lo vendido era propiedad del vendedor, el precio recibido se hace suyo; y lo inverso ocurre con el comprador. Por lo tanto, las cosas que se intercambian deben ser iguales, o más precisamente –pues lo normal es que se trate de cosas de naturaleza diversa–, deben ser equivalentes, es decir, de igual valor, ambas cosas deben ajustarse en aquello que cuenta en los intercambios, que es el valor de las cosas. Se trata de que el intercambio no altere el conjunto de bienes que pertenecen a cada parte, esto es, que no altere el *status* del reparto de cosas. Esta es la armonía propia de la justicia, que consiste –en el caso tratado– en una igualdad, que es equivalencia. De esta suerte, si las cosas intercambiadas no fueran iguales, se produciría una injusticia que, como tal, debería ser reparada. Como en los intercambios cada cosa se hace derecho recíproco de cada una de las partes, la igualdad en la subjetividad jurídica, la igualdad en derecho, se plasma en la proporción aritmética de las cosas, en la equivalencia entre ellas, pues como el derecho es la cosa justa, la igualdad en el derecho reclama la igualdad de las cosas (A igual a A o A igual a B).

La desmesura en lo justo correctivo o conmutativo está en el enriquecimiento –o depauperación– de una de las partes a costa del otro. Esto plantea el problema de aquellos casos en lo que lo debido es –aparentemente– más que lo dado; el ejemplo típico es el del préstamo con interés, pero también lo es el de la venta con margen de beneficio, el aumento de precio en las ventas a plazos y casos similares. Para que se trate de cosas justas es necesario que propiamente no haya enriquecimiento a costa del otro –la simple desmesura o enriquecimiento sin causa–, sino que el aparente plus de valor esté contenido en la cosa dada: así en el caso del préstamo de dinero, este debe tener el carácter de capital para que produzca réditos, el beneficio comercial debe ser proporcional a la utilidad causada y al servicio prestado, etc. Tampoco hay enriquecimiento desproporcionado cuando se tienen en cuenta el riesgo que se corre, el lucro cesante o el daño emergente, con tal de que haya una verdadera equivalencia.



Lo justo conmutativo comporta la diferenciación entre bienes productivos y bienes improductivos. En el caso de estos últimos la proporción o igualdad aritmética implica la mera equivalencia de las cosas. En cambio, cuando se trata de bienes productivos, cabe una participación en el producto por parte de quien entrega el bien productivo; pero sólo una participación, ya que la entrega de un bien productivo en su calidad de productivo supone que lo entregado sea el bien más el producto, al menos en parte.

Lo dicho sobre el enriquecimiento sin causa debe decirse, a la inversa, de la depauperación.

Por tratarse de una igualdad o equivalencia entre cosas, esa igualdad se mide por baremos hasta cierto punto objetivos, pero no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí. La fórmula matemática no existe. Hay, en cambio, ciertas igualdades naturales, mientras otras lo son convencionales dentro de ciertos límites objetivos. La igualdad de identidad, por ejemplo, no plantea ningún problema: la objetividad está determinada naturalmente por la identidad. De modo similar ocurre cuando se trata de devolver una cosa homogénea a la cosa entregada; también en este caso la medida se determina naturalmente: si se ha prestado un kilo de sal, por ejemplo, lo equivalente consiste en devolver un kilo de sal de igual calidad.

El problema fundamental reside en el intercambio de cosas heterogéneas, especialmente el trueque de bienes por dinero. ¿Cómo se fija la equivalencia? Al no haber criterios naturales, los criterios son necesariamente convencionales: la estimación subjetiva y el acuerdo son los que ajustan las cosas y en ello consiste la medida positiva del derecho. Sin embargo, también en este caso se da cierta objetividad por uno o varios criterios. Así pues, aunque los precios son de suyo convencionales —en su base está siempre una estimación subjetiva—, al generalizarse en una sociedad, se produce el precio medio de mercado que marca un criterio objetivo; la justicia de un precio se mide por la estimación objetiva media representada por el precio medio de mercado. Pero no es ese el único criterio objetivo, de modo que este criterio puede llegar a ser desproporcionado (v. gr., encarecimientos artificiales por manipulación del mercado) y por ello injusto. Por parte del productor de la cosa, un baremo objetivo de precio está determinado por el coste, de modo que ese precio debe cubrir el coste más el oportuno beneficio proporcionado. Por parte del usuario de la cosa, una objetividad en

la estimación de ella está determinada por el tipo de necesidad que cubre; cuanto más básica y perentoria sea esa necesidad, más debe estar esa cosa al alcance de los potenciales usuarios.

Como se trata de criterios que se fundan, en último término, en la estimación subjetiva y en la convención, los criterios objetivos señalados son siempre subjetivos y sujetos a las circunstancias históricas.

Cuando la equivalencia en los intercambios es inobservada y se producen disarmonías o desproporciones aparece la injusticia, la cual reclama la acción de los agentes sociales, a quienes corresponde tomar las medidas oportunas para restablecer el equilibrio justo.

### *La igualdad en lo justo distributivo*

Lo justo distributivo aparece en relación con un hecho típico de la vida social y comunitaria: la distribución o reparto de bienes, funciones y servicios. Lo característico de la distribución o reparto es el *paso de lo común a lo particular*. Por ejemplo, cómo distribuir o dividir una masa común de bienes entre quienes forman una sociedad o comunidad, o cómo repartir el activo de un comerciante en quiebra entre sus acreedores. A veces lo que se distribuye o reparte no son bienes, sino cargas o deudas; así, cómo distribuir equitativamente el gasto público entre los ciudadanos mediante los impuestos o cómo repartir entre los socios las deudas de una sociedad o comunidad. Para lo que a nosotros interesa, nos referiremos a continuación al reparto de bienes, porque la distribución de funciones o servicios y cargas se hace con los mismos o similares criterios.

Se trata, hemos dicho, de dividir lo común, que es uno, entre los particulares, que son varios. Y se trata de dividir con justicia. ¿Por qué con justicia? Como sea que la justicia presupone al derecho, le sigue, el supuesto que estamos analizando es el de que los particulares tienen derecho sobre una parte alícuota de la masa común, que hay que determinar. La consecuencia es que, como los destinatarios de la distribución son iguales en cuanto sujetos de derecho, tienen igual derecho, cada uno, a la parte que le corresponda; por lo tanto, tienen derecho al *trato igual*. Por trato igual entendemos que a cada destinatario hay que darle igual y justamente la parte que le corresponde. Ahora bien, dos son los supuestos que

pueden presentarse: a) Todos los destinatarios de la distribución tienen derecho a *igual parte* de la masa común; podemos pensar, por ejemplo, en el reparto de réditos del capital en una sociedad mercantil formada por tres socios, que han aportado cada uno un tercio del capital. En este caso la solución es, por lo demás sencilla: cada uno de los socios tiene derecho a un tercio del total de los réditos del capital. Pero casos como estos se dan relativamente pocos. b) El caso más frecuente es el de los destinatarios, cuyo derecho, siendo igual en cuanto a la fuerza de derecho, no tiene la misma medida, no es igual la parte alícuota que les corresponde; con ello lo que queremos decir es que la cosa que deben recibir –que es su derecho, pues hemos dicho que el derecho es la cosa justa– es de distintas dimensiones; por eso el derecho de cada uno no tiene la misma medida. Supongamos, por ejemplo, el caso de una sociedad mercantil formada por tres socios, uno de los cuales ha aportado la mitad del capital, habiendo los otros dos aportado un cuarto cada uno. En este caso, si bien todos tienen igual derecho a participar en los réditos del capital, es obvio que lo justo es que quien ha puesto más capital reciba una parte mayor de los réditos. La justicia, en este caso, está en la medida diferente.

Pero obsérvese que si es verdadera justicia, como lo es, tiene que tratarse de una igualdad. Lo cual significa la igual satisfacción del derecho de cada uno. Luego la diferencia está en la medida del derecho. A cada uno se satisface su derecho según su propia medida. Y en ese trato igual reside la justicia, esto es, la igualdad.

Como el derecho tiene medida distinta, lo que quiere decir que la medida de la cosa es diferente, la igualdad entre cada uno de los destinatarios del reparto no es una igualdad aritmética –o proporción aritmética–, como en el caso de lo justo correctivo, sino una verdadera igualdad o proporción de índole distinta: la igualdad o proporción geométrica. Como dice Aristóteles, si en lo justo correctivo se tiene en cuenta la proporción aritmética,  $A \text{ igual a } B$ , en lo justo distributivo la proporción es la geométrica, cuya fórmula es  $A \text{ es a } B, \text{ lo que } C \text{ es a } D$ . Pongamos un ejemplo. Los bienes propios de la comunidad familiar tienen por finalidad subvenir a las necesidades de los miembros de la familia y, en tal sentido, los padres tienen igual deber de alimentar a los hijos, distribuyendo equitativamente –con justicia, con igualdad– los alimentos a cada uno de los hijos, los cuales tienen igual derecho a ser alimentados por los padres. Pero no todos

los hijos necesitan el mismo alimento. Si unos padres tienen un hijo de quince años y otro de seis meses, es obvio que la igualdad de trato no es dar a ambos exactamente los mismos alimentos y la misma cantidad. Lo proporcionado –ajustado– al hijo de seis meses es una papilla, mientras que al hijo de quince años le resulta proporcionada la alimentación de adulto. Ahora bien, siendo diferentes la naturaleza y la cantidad de los alimentos, la igualdad reside en la proporción geométrica: la papilla es al niño de seis meses, lo que la alimentación de adulto es al hijo de quince años. Si esa proporción se guarda, ambos hijos son tratados con igualdad. Esta es la igualdad propia de las distribuciones.

Según lo que acabamos de ver, parece que la fórmula de la justicia distributiva es: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esto tiene un modo verdadero de entenderse, pero también puede entenderse mal. Su genuino sentido es: tratar igual a todos, esto es, dar un trato igual a iguales y desiguales, solo que el trato igual a los desiguales quiere decir tratarlos igualmente según la proporción geométrica, que es la igualdad que les corresponde. Supongamos el caso antes expuesto de la sociedad mercantil con tres socios, uno de los cuales ha aportado la mitad del capital y los otros dos han aportado un cuarto del capital cada uno. Obsérvese que si los réditos del capital se dividen en tres partes iguales y cada una de esas partes se entrega a cada uno de los socios, el trato –que es lo decisivo– no es igual, pues quienes aportan un cuarto de capital quedan favorecidos sin causa (enriquecimiento injusto), a costa de quien puso la mitad. La verdadera igualdad de trato está en repartir los réditos del capital en proporción a la parte del capital aportada. Si los réditos del capital son, por ejemplo, cien, la igualdad proporcional consiste en dar cincuenta a quien puso la mitad del capital y veinticinco a quienes pusieron los otros dos cuartos. Entonces se da la proporción geométrica: cincuenta de rédito es a la mitad del capital, lo que veinticinco de rédito es a un cuarto de capital.

¿En relación con qué criterio se mide la proporcionalidad? Porque es evidente que la proporcionalidad no se basa siempre en un criterio idéntico. En el ejemplo citado, sobre el reparto de los réditos de capital, la proporcionalidad se mide por criterios matemáticos, pero tales criterios son inaplicables al caso de la distribución de alimentos entre los hijos de una familia, según el otro ejemplo puesto. No es, en efecto, ninguna fórmula

matemática el criterio de la justicia en toda distribución, aunque no falten casos –como el indicado– en los que la proporcionalidad se resuelve por una fórmula matemática.

Si el derecho es lo proporcionado a su titular, ¿qué es lo proporcionado a los destinatarios de una distribución o reparto? La distribución es una acción humana y el criterio de especificación, de perfección y rectitud de un acto humano –de toda actividad del hombre– es su finalidad. Toda distribución se hace, pues, en razón de unos fines, lo que comporta que el derecho de cada destinatario se mida por su relación con el fin de la distribución, pues si la distribución se hace por una finalidad, es claro que el destinatario tiene derecho a la parte alícuota de los bienes a repartir (en el caso de las cargas, el deber) por su derecho a (por su deber de) participar en la finalidad del reparto. Por lo tanto, el criterio de proporcionalidad en las distribuciones se determina por la relación de los destinatarios con la finalidad de la distribución. Lo proporcionado o adecuado a cada titular en las distribuciones es aquella parte de los bienes a repartir que corresponde a su posición y relación respecto de la finalidad del reparto, habida cuenta del igual derecho de los restantes destinatarios.

Varios son los factores que intervienen en hacer distinta y diferente la relación del destinatario del reparto con la finalidad de la distribución, factores que son, por lo tanto, otros criterios de determinación de la proporcionalidad. Estos criterios no son absolutos, aplicables a todos los casos; son aplicables según su relevancia en razón de la finalidad de la distribución, de modo que, válidos en unos casos, no lo son en otros. Estos factores son: la condición, la función, la capacidad, la aportación a la sociedad y la necesidad.

1.º La condición. Entendemos por condición el modo estable de pertenecer a una sociedad o comunidad y de estar en ella, particularmente la comunidad política o la sociedad civil. Se traduce en el estatuto fundamental del ciudadano. Hay, sin duda, sociedades o comunidades *iguales* –democráticas cuando se trata de la *pólis*–, en cuyo caso todos los miembros tienen el mismo estatuto fundamental e igual en relación con el fin de la sociedad; en tal supuesto, cuando se trata de distribuciones cuyo criterio es la condición de miembros, la parte correspondiente a cada miembro es igual.

Pero hay también sociedades o comunidades con clases o tipos diversos de miembros –sociedades *desiguales*– en las cuales cada clase o tipo

tiene una participación distinta en el fin de la sociedad o comunidad, siendo esta diversidad de participación lo característico de ellas. En tales casos, el estatuto fundamental es vario. Cuando esto ocurre, las distribuciones en función de la finalidad de la sociedad comportan una diferencia en la parte alícuota de participación, que se mide por la proporción respecto de la condición de miembro. Así en una empresa en la que unos socios se limitan a aportar capital y otros contribuyen con capital y trabajo, a los primeros corresponderán solo los réditos del capital, mientras que los segundos han de recibir los réditos más la remuneración del trabajo.

2.º La función. La diferencia de funciones, de roles o papeles sociales, lleva consigo la diferenciación de participación en la distribución de bienes, cuando el reparto se realiza en función de esta distinción de funciones o papeles sociales. Por ejemplo, cuando el montante de la remuneración del servicio prestado se fija en función de las responsabilidades que se asumen según el cargo u oficio.

3.º La capacidad. A cada uno y de cada uno según su capacidad es también un criterio de delimitación de lo justo distributivo. Es evidente que la capacidad señala límites, tanto a la recepción de bienes, como a la contribución al fin común mediante servicios o cargas, pues a diferente capacidad hay diversa posibilidad de participación en el fin del reparto. La capacidad es criterio aplicable al reparto de bienes, pues hay bienes que deben repartirse según la distinta capacidad: así ocurre, por ejemplo, con los bienes que producen la enseñanza y la educación; estas deben ser puestas al alcance de todos, mas a cada uno según su capacidad, pues nadie es hábil para recibirlos más allá de su capacidad y no dar a los más capaces lo que pueden alcanzar en aras a un equivocado igualitarismo sería injusticia. La capacidad es el criterio más propio en la distribución de funciones y asimismo lo es del reparto de cargas. Las funciones deben repartirse con criterios de capacidad, pues el desempeño de una función supone arte o ciencia –la capacidad– y el fin del reparto de funciones tiene por fin la máxima funcionalidad de la organización. En cuanto a las cargas, estas están en relación con el deber de participar en el fin de la sociedad, deber que es proporcionado a la propia capacidad.

4.º La aportación a la sociedad. Cuando el criterio de la proporcionalidad en la distribución es el reparto de los bienes que la sociedad produce para sus miembros, la mayor aportación a la sociedad genera una mayor medida en la recepción de esos bienes. Así los réditos del capital deben repartirse en proporción al capital aportado y los réditos de trabajo deben

distribuirse en proporción a la cantidad y calidad del trabajo realizado. Hay dos casos en los que este criterio no es aplicable. En primer lugar, no lo es cuando la mayor aportación se hace como medio para la redistribución de bienes, pues representa la corrección de un plus de bienes recibidos por la aplicación de anteriores criterios defectuosos de distribución. En segundo lugar, tampoco es aplicable cuando la mayor aportación se debe a la aplicación del criterio de la capacidad, ya que entonces la aportación a la sociedad, aunque es absolutamente mayor, no lo es proporcionalmente, que es lo igual en la distribución de cargas; por ejemplo, el contribuyente que paga más impuestos que otros con menor capacidad contributiva, contribuye proporcionalmente igual que estos y, por lo tanto, tiene igual derecho que estos a los servicios de la sociedad, no más.

5.º La necesidad. Hay ocasiones en las que la distribución de bienes se ordena a remediar necesidades. Por ejemplo, el reparto de bienes de alimentación o vestido, el salario, etc. En tales casos, un principio de justicia distributiva es «a cada uno según su necesidad». Ya que, como hemos dicho, el criterio de lo justo distributivo es la relación entre los destinatarios de la distribución y la finalidad de esta, si el reparto se ordena a remediar necesidades, el grado de estas marca la proporción justa.

### *Externidad*

La acción justa es propia de las relaciones interhumanas, se mueve en el ámbito de las relaciones sociales o intersubjetivas. Ya lo decíamos, la justicia y la acción justa son realidades sociales, propias del ámbito social del hombre. Esta característica se manifiesta en una nota de las cosas que son derecho: esta nota es la externidad. Con ello se quiere decir que pueden ser derecho las cosas externas y solo ellas.

Exterioridad o externidad se opone a interioridad; esta interioridad es la humana: lo que sucede y opera en el interior del hombre no puede ser derecho ni intervenir en las relaciones de justicia.

Pero ¿qué significa cosas externas? A primera vista se puede decir sin dificultad que cosa externa es aquella que cae bajo el ámbito de conocimiento de los sentidos. En este orden de ideas, cosa externa equivale a cosa material. Y es verdad que este tipo de cosas puede constituirse en derecho: un objeto de arte, un animal, un campo, dinero, etc. Muchos derechos consisten en cosas de este tipo. Son las cosas corporales.

Sin embargo, ya hemos dicho que también hay cosas incorporales, que pueden ser derecho: un cargo o función es un ejemplo válido. ¿En qué sentido una cosa incorporeal es cosa externa? Lo es en el sentido de tener una proyección exterior a la persona –ser exteriorizable en sus medios o en sus efectos–, en cuya virtud entra en el ámbito social de comunicación e interrelación de las personas. Por lo tanto, aunque la nota de externa siempre lleva consigo una dimensión de cierta materialidad, propiamente significa que la cosa tiene una proyección social, esto es, capaz de entrar en el ámbito de comunicación en interrelación de los hombres, sea en sí misma, sea en alguna dimensión suya.

Ya se ha visto que algo constituye derecho cuando es debido, lo que supone una interferencia o su posibilidad. Por lo tanto, la cosa que es derecho debe ser interferible por un sujeto distinto del titular. Pero para que esto ocurra es preciso que la cosa entre en el ámbito de comunicación y relación de las personas, pues de lo contrario no sería interferible. Por lo tanto, eso es precisamente lo que significa la índole de la cosa externa, la externidad: dimensión de comunicación y relación humana sociales.

Lo íntimo del hombre o *incomunicable*, aquello que no entra en las relaciones sociales, no constituye derecho. Lo cual no quiere decir que no esté atribuido al sujeto, que no le pertenezca como suyo. Las cosas internas están atribuidas al sujeto y suyas son. Mas ya hemos dicho que esta relación de *suidad* –algo es suyo de un sujeto– no es, en última instancia, lo constitutivo del derecho. El derecho nace en una relación de justicia como algo debido a su titular. El derecho nace y se desarrolla en una relación social, como algo que hay que dar y, por lo tanto, como algo comunicable.

Propio de la persona es disponer de un ámbito de incomunicabilidad e incomunicación. No es toda ella dimensión social. Por el contrario, la reducción de la persona al ámbito social es una típica actitud totalitaria –toda la persona en todas sus dimensiones sería social–, que se opone a la dignidad de la persona y a lo que esta tiene como rasgo esencial: su incomunicabilidad. Pero es también propio de la persona –y no como contradictorio de lo anterior, sino como complementario– su capacidad de comunicación. La relación social –la comunicación– es inherente a la persona, naturalmente ordenada a los demás. La persona es ser-para-sí, pero es también ser-para los demás.



En los límites de esta doble dimensión de comunicación e incomunicación se da la existencia del derecho. Lo íntimo e incomunicable es un sector ajurídico de la persona; en cambio, lo social y comunicable conoce el fenómeno jurídico. Allí donde se da una realidad comunicable y social, allí cabe la existencia del derecho. Y este es el sentido de la externidad del derecho. Cosa externa quiere decir cosa captable por los demás, comunicable, lo cual supone que esta realidad sale de la esfera de la intimidad de la persona, en la que esta es incomunicable.

La externidad del derecho tiene otro sentido que no se refiere al derecho en sí, sino a la acción justa, a la acción de *dar* (devolver, entregar, etc.). También de ella se dice que debe ser externa. Respecto de la acción, su externidad tiene dos vertientes. Por una parte, significa que la justicia no se satisface con la intención. La rectitud virtuosa de la justicia no se agota con la recta intención, sino que exige la efectividad de la acción justa, es decir, la efectiva no interferencia o el efectivo restablecimiento de la situación justa, alterada por el intercambio o la injusticia; en otras palabras, la rectitud virtuosa de la justicia exige el efectivo restablecimiento de la situación justa alterada por el intercambio o la injusticia; o, lo que es lo mismo, la rectitud virtuosa de la justicia exige el efectivo restablecimiento de la situación justa por medio de la acción justa. Por eso, respecto de la justicia, no hay verdadero arrepentimiento si la actitud interior no conduce a la restitución. En esto se diferencia la justicia de las otras virtudes, las cuales consisten fundamentalmente en una rectitud personal, aunque naturalmente se viertan en obras; el criterio de virtuosidad es, en esas otras virtudes, la sola rectitud interior, que mide y regula la acción. En cambio, la rectitud de la justicia tiene como criterio la *situación justa*, porque es una virtud en orden a la armonía social u orden justo objetivo. No es la sola rectitud interior, sino que es la armonía social la medida o criterio de acción. Ciertamente, la intención del sujeto debe ser recta, pero su rectitud en relación con la justicia se mide por la efectiva consecución de la armonía social. En otras palabras, se es justo cuando efectivamente se da a cada uno lo suyo, esto es, cuando se realiza la cosa justa.

Por otra parte, se dice que la acción justa es una acción externa, en el sentido de que se cumple dicha acción justa, en tanto que justa, si se da efectivamente el derecho a su titular, cualquiera que sea el ánimo con el que se da. A partir de ahí no faltan quienes sostienen cierta amoralidad del derecho, ya que aunque se cumpliera la acción justa con intención no recta—luego no virtuosa— se satisfacería el derecho.

Es cierto que la coexistencia de intenciones no rectas con el cumplimiento de la acción justa –dar a cada uno lo suyo– no altera la acción justa, pero esto no significa que se puede establecer una fisura entre la acción justa y la virtud de la justicia. Esta virtud recibe su rectitud –lo decíamos– de la efectiva consecución de la armonía social u orden social justo. Por lo tanto, la intención inherente a la acción justa es la misma intención virtuosa. Los casos que suelen ponerse de intenciones no rectas –v. gr., satisfacer el derecho con desagrado, con ira, con odio, etc.–son afecciones del ánimo, concomitantes con la intención recta propia de la acción justa, las cuales, si bien tienen influjo en la moralidad total del sujeto, no afectan a la particular y específica rectitud de la acción justa, la cual es moralmente correcta.

Al decir esto hablamos de la acción justa, del acto de dar a cada cual lo suyo. Es en relación con ese acto cuando coinciden intención justa –y por tanto, virtuosa– e intención de realizar ese acto de dar a cada cual lo suyo. Pero los autores suelen referirse –al hablar de este punto– a otra cosa distinta: al ejercicio o uso del derecho, a la reclamación de la cosa por su titular. Aquí las cosas son distintas. El acto de exigir o reclamar el derecho no es un acto de justicia –no es un acto de virtud–, sino un acto de dominio, un acto de poder. Ese ejercicio o uso puede ser moralmente correcto o moralmente incorrecto, sin que esa dimensión interna ejerza influencia en la validez y eficacia de ese acto de poder. Mas esto no es un caso de amoralidad del derecho, sino de relaciones entre moral y poder, que es cuestión distinta.

### *Alteridad o intersubjetividad*

Nota esencial del derecho es la alteridad, también llamada intersubjetividad. Alteridad viene del latín *alteritas* –de *alter*, otro– y denota la condición de ser en relación con otro. Intersubjetividad proviene del italiano *intersoggettività* y quiere decir relación o vínculo entre dos subjetividades. Con ambas palabras se quiere poner de relieve que el derecho no es una realidad ceñida a un sujeto, sino que requiere esencialmente dos sujetos distintos: el titular del derecho lo tiene frente a otro u otros sujetos, los cuales deben obrar en justicia respecto del titular. Si tenemos en cuenta que el derecho es lo debido, alteridad e intersubjetividad indican un deber ante el derecho del otro.

La palabra más usada y común es «alteridad»; «intersubjetividad» es término muy moderno. La sustitución de alteridad por intersubjetivi-

dad se debe a la idea de que la alteridad no expresaría con exactitud esta nota del derecho. Hay deberes no jurídicos –se dice– que también hacen referencia a otro; así puede existir el deber de caridad de dar limosna a quien carece de lo necesario para subsistir. Sin embargo, ese deber, al que también convendría la nota de alteridad, se diferencia sustancialmente del deber jurídico, porque al deber no corresponde una facultad de exigir por parte de su destinatario: el pobre no tiene derecho a la limosna. En cambio, la alteridad que se predica del derecho supone una relación entre dos situaciones jurídicas, que se corresponden la una con la otra. En el deber jurídico, al deber corresponde un derecho: el deudor tiene un deber frente al acreedor que es titular del derecho, el cual genera el deber. Se trata de dos subjetividades relacionadas. De ahí el nombre de intersubjetividad.

El argumento no es totalmente convincente, ya que alteridad o *alteritas* significa lo mismo que intersubjetividad con una –a nuestro juicio– ventaja. Mientras que la palabra «alteridad» hace referencia a las personas –*alter*, otro–, «intersubjetividad» es un término nacido en un contexto formalista, que señala las relaciones entre situaciones jurídicas –subjetividades– consideradas al modo formalista. Siendo rechazable el formalismo, resulta preferible hablar de alteridad. Con todo, como sea que intersubjetividad ha obtenido carta de naturaleza, no parece haber inconveniente en usar el término «intersubjetividad», una vez despojado de sus orígenes formalistas.

El derecho, hemos dicho, aparece como tal en una relación de justicia. La sola atribución de la cosa a un sujeto, abstracción hecha del deber de los demás de no interferencia, no genera derecho. Así el solitario incommunicado posee cosas y las domina, pero estas relaciones no son jurídicas hasta tanto no entran en escena otro u otros sujetos. Es en la relación de no interferencia donde se origina la relación jurídica, y, con ella, el deber; por eso hemos dicho que el constitutivo esencial del derecho es la condición debida de la cosa, supuesta, claro está, la atribución o reparto.

Como sea que la justicia consiste en dar a cada uno su derecho y el derecho es lo debido, se advierte con nitidez que el derecho propio de un sujeto –el titular– se hace derecho precisamente en cuanto debido por otro, es decir, en cuanto está en relación con el deber de otro. Obsérvese bien, el derecho no es el deber, pero es derecho en cuanto relacionado con el deber. Por lo tanto, la cosa no es derecho en sí misma, sino en cuanto,

estando atribuida –siendo de un titular–, se pone en conexión con el deber de no interferencia del deudor. Es decir, el derecho surge en el seno de una relación entre dos personas o sujetos. Si con alteridad se pone el acento en la relación personal, con intersubjetividad se resalta la conexión entre dos situaciones jurídicas opuestas.

La relación de alteridad o intersubjetividad es, filosóficamente, una relación de oposición y complementariedad: uno es titular de derecho, otro es titular del correspondiente deber de justicia (de no interferencia). Es la relación acreedor-deudor, llamando convencionalmente acreedor al titular del derecho y deudor a quien debe dar al titular lo suyo.

La relación de oposición reside en que se trata de situaciones jurídicas de signo contrario: una, derecho; otra, deber. Pero es también de complementariedad, porque ambas concurren en el origen del derecho: la cosa es derecho por la concurrencia atribución-deuda. Es algo connatural a la justicia, la cual supone la atribución o reparto de las cosas y el deber de respetar esa atribución o reparto.

### *El derecho como relación*

Un problema filosófico central respecto del derecho es el que se refiere a su naturaleza o quiddidad. ¿Cuál es la entidad del derecho? En otras palabras, ¿en qué consiste la *juridicidad* o condición de derecho y qué queremos decir con que una cosa es jurídica? ¿Cuál es el ser de la juridicidad, o sea, a qué categoría ontológica pertenece?

El derecho, hemos dicho, es la cosa justa. Se trata, pues, de una cosa, corporal o incorporeal: un semoviente, un objeto, dinero, un cargo... Pero la cosa en sí no es derecho: en su sustancia no es derecho: es un reloj, un piso, un anillo... No hay ninguna cosa a la que, por nombre de la sustancia, le corresponda el nombre de derecho y, en cambio, todas las cosas –con tal de que sean repartibles y distribuibles– pueden ser derecho. Derecho no es nombre de sustancia; por eso, todas las cosas que son derecho tienen su propio nombre de sustancia. Eso ocurre incluso con las leyes, las cuales reciben este nombre para denominarlas por lo que son en sí: directrices u ordenaciones imperativas; además de ese nombre, las leyes se llaman derecho y de ellas se dice que son jurídicas.

¿En qué consiste, pues, la juridicidad? Hemos dicho que el derecho es la cosa justa, la cosa debida, siendo su relación con la justicia y su carácter de deuda lo que –en última instancia– constituye la cosa en derecho, de modo que derecho es la cosa debida en una relación de justicia. Si lo constitutivo del derecho es la nota de debida por causa del reparto o atribución, la nota esencial y característica del derecho es una relación.

Es obvio que la atribución o reparto genera una relación –la relación de *suidad*– entre la cosa y el titular. Asimismo, la naturaleza de la cosa debida es también una relación de la cosa con el acreedor (la cosa le es debida). Por lo tanto, la naturaleza del derecho es la de una relación, la relación de debida, supuesta la relación de atribución. La juridicidad o naturaleza de derecho no es una sustancia, sino una relación. Se trata de una relación entre la cosa y el que podemos llamar genéricamente acreedor, a quien debe darse la cosa en una relación de justicia.

Nos encontramos, pues, en presencia de dos relaciones: la relación de *suidad* entre la cosa y su titular y la relación de debida entre la cosa y el titular. En esta última relación consiste formalmente la juridicidad; o dicho de otro modo, por esta relación la cosa es formalmente derecho. No por la primera, porque la atribución o reparto no constituye a la cosa formalmente en derecho. La cosa solamente es derecho en una relación de alteridad, cuando hay dos sujetos, de los cuales uno es titular o acreedor y otro es deudor por interferir o poder interferir. Sin esta alteridad no hay derecho, lo que pone de relieve que la relación de *suidad* –que puede darse sin alteridad: v. gr., Robinson Crusoe– no es la constitutiva del derecho, aunque sea fundante del derecho.

A este respecto no debe confundirse la relación constitutiva de derecho con la relación de justicia o relación jurídica. La relación jurídica es una relación entre dos o más sujetos, cuyo fundamento es el derecho o cosa justa; en este caso, los términos de la relación son dos personas y el derecho constituye el fundamento de la relación. En cambio, la relación constitutiva del derecho –la juridicidad– es una relación entre la cosa y la persona, que son sus términos, su fundamento es la atribución de la cosa a su titular: la condición de suya o *suidad*.

Obsérvese cómo en la constitución de la formalidad del derecho intervienen dos relaciones: la relación de *suidad* y la relación de deuda.

Ninguna de ellas puede faltar para que exista el derecho. La relación de *suidad* es el fundamento, mientras que la relación de deuda es el constitutivo formal.

### *Fundamento del derecho*

Visto el derecho desde el punto de mira de su titular, lo primero que aparece es el título, que es, como hemos dicho, aquello en virtud de lo cual la cosa está atribuida a su titular. En un plano más profundo, al título precede el *fundamento* del derecho. ¿A qué llamamos fundamento de derecho? Por fundamento del derecho entendemos aquello en virtud de lo cual el titular está posibilitado para poseer el título. El fundamento no es, pues, el título, ni la causa del título, sino aquello por lo que el sujeto tiene posibilidad para poseer el título. Por ejemplo, en la monarquía constitucional española, el título en virtud del cual se es Rey es la Constitución; en cambio, el fundamento es la pertenencia a la Casa Real según el grado de consanguinidad y parentesco marcado por la propia Constitución. Otro ejemplo; el título de propiedad puede ser cualquiera de los admitidos por el derecho civil: contrato, prescripción, testamento, etc.; el fundamento es la misma naturaleza humana, pues el derecho de propiedad es un derecho de título positivo y fundamento natural. En otras palabras, quien tiene el fundamento del derecho, no por eso tiene el derecho.

El fundamento del derecho no debe confundirse con los requisitos de capacidad; está en la línea de las raíces de la titularidad, como aquello en virtud de lo cual el bien o la carga pueden ser atribuidos al concreto sujeto de que se trate. En otras palabras, el fundamento es el sustento de la subjetividad, la posibilidad del sujeto de ser titular. Así, por ejemplo, el hombre puede ser propietario, en virtud de la estructura ontológica del ser humano, de la que es constitutivo tener dominio.

Hemos dicho que fundamento y capacidad no son lo mismo; en efecto, la capacidad es una consecuencia del fundamento. Sin fundamento no hay capacidad y con fundamento puede haber capacidad. Decimos que «puede» haber capacidad, porque es posible que se tenga el fundamento y no se tenga capacidad; v. gr., la persona humana concebida y no nacida tiene fundamento para la propiedad, pero puede ser incapaz porque el derecho civil solamente otorgue esa capacidad a los nacidos.

El fundamento del derecho puede ser próximo, mediato y último. El fundamento próximo es aquel en que se basa el título de modo inmediato. Los ejemplos que antes hemos puesto, lo son de un fundamento inmediato. Este fundamento puede ser de índole varia, según los derechos y títulos de que se trate. Baste decir que hay fundamentos positivos (como es el ejemplo del Rey español) y fundamentos naturales (como es el caso de la propiedad).

Todos los derechos tienen también un fundamento mediato, que en algunos casos se confunde con el fundamento inmediato: la naturaleza humana, o por decirlo de otro modo, la condición personal del hombre. Es decir, lo que de modo más o menos mediato posibilita al hombre para ser titular de un derecho es su condición de persona.

Es obvio que el hombre no podría ser titular de derechos, si esa posibilidad no estuviese fundada en la estructura ontológica de la persona humana. Para que un ser pueda ser algo, es preciso que eso esté en potencia en su naturaleza o estructura ontológica. Es imposible que el hombre vuele por sí solo y sin ayuda de aparatos, porque volar no es una potencia que esté en la naturaleza; en cambio, como ser dotado de inteligencia, ingenio e inventiva, puede llegar a construir máquinas voladoras. Por lo tanto, que el hombre sea titular de derechos tiene un fundamento natural. Cada derecho encuentra fundamento mediato en una estructura del ser humano. Así, el derecho de contraer matrimonio tiene su fundamento en la distinción sexual y en la complementariedad de los sexos. El derecho al puesto de trabajo para el que ha sido contratado tiene su fundamento mediato en la estructura laboral del hombre (*homo faber*). Todo derecho encuentra su fundamento en la naturaleza humana.

Junto a ese fundamento natural propio de cada derecho en particular, hay un fundamento natural general. El hombre es titular de derechos en virtud de su naturaleza. Esto es, el mismo hecho de ser titular de derecho descansa en la estructura de la persona humana. En efecto, la persona, sustancia individual de naturaleza racional según la conocida definición de Boecio, tiene como uno de sus rasgos esenciales poseer naturaleza o índole dominadora. La persona es un ser poseedor en tal grado del ser, que lo domina y es capaz de dominar su entorno. Esa índole dominadora es lo que hace que la persona tenga esferas de apropiación autónomas, y ello

funda la atribución de bienes y cargas, aquello en lo que radica, en última instancia, la titularidad de todo derecho. Por lo tanto, el fundamento mediato de todo derecho es la condición de persona propia del ser humano.

No es, sin embargo, suficiente, para un tratamiento filosófico del derecho, llegar a ese fundamento mediato del derecho que es la naturaleza humana. Es preciso llegar a la última causa y al último fundamento del derecho (el Ser subsistente, Dios). De ello se habla en las *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* en el capítulo que trata de la trascendencia del derecho.

### *Obligación necesaria y coactividad*

Como nota o característica –esencial para unos, común o general para otros– del derecho se señala la coactividad, por el fenómeno de coacción que acompaña al fenómeno jurídico. Pienso, sin embargo, que en este punto hay que distinguir entre *necesidad* o *ineludibilidad* de la obligación y coacción. La obligación propia del derecho (o deuda propia del derecho) es una obligación necesaria o ineludible y por ello comporta como consecuencia la existencia de un sistema social para hacer efectivo el derecho, cuya manifestación más sobresaliente es la fuerza o coacción. Pero la necesidad o ineludibilidad es el rasgo esencial del derecho, mientras que la coactividad es una consecuencia –no siempre posible– del predicho carácter necesario de la obligación jurídica.

La nota de necesidad e ineludibilidad propia de la obligación jurídica comporta que, en caso de incumplimiento de la obligación inherente al derecho por parte del obligado, la sociedad cuente con un sistema efectivo de recursos que tiendan a hacer efectivo el derecho.

Son varias las formas de manifestarse el sistema de efectividad del derecho. Fundamentalmente son estas: la ejecución forzosa; la imposición de sanciones; la coerción, represión de conductas contrarias al derecho; las medidas preventivas; la indemnización; y la suspensión de efectos de la relación jurídica o su ruptura. Todas ellas constituyen una consecuencia del carácter necesario e ineludible de la obligación jurídica.

Como puede observarse, en todos los casos dicho sistema supone una compulsión dirigida a hacer efectiva la obligación jurídica y a de-



fender su ineludibilidad, pero no en todos los casos hay fuerza física o coacción.

¿Por qué ese sistema de efectividad del derecho y la consiguiente coacción? Repetidamente se ha puesto de relieve que el fenómeno jurídico y la justicia no se refieren tanto al orden personal cuanto al social; deben su origen a una necesidad social. La sociedad humana requiere para su correcto desarrollo y su permanencia que cada sujeto tenga lo suyo. Esto da lugar a una armonía u orden *–proportio–* social, necesaria para la supervivencia de la sociedad. Recalcamos el término «necesidad», porque en él reside el fundamento del sistema de efectividad del derecho y de la coactividad. Dar a cada uno lo suyo, respetar el derecho y obrar conforme a él no es una conveniencia, sino una necesidad de orden social. Lo necesario es lo opuesto a lo libre, es aquello que debe producirse incondicionalmente. La necesidad que comporta el derecho se refleja primariamente en la obligación o deuda en sentido estricto. Es la necesidad traducida en términos de persona, ser dotado de racionalidad y voluntad, que cumple el deber-ser racional y voluntariamente. Cuando el hombre no cumple su obligación, la necesidad se manifiesta por la reacción de la sociedad que impone el orden o armonía social como algo debido o necesario, sin excluir la fuerza.

La armonía social u orden social justo es de necesidad, porque la sociedad está en el orden de los fines naturales del hombre, esto es, cauce necesario para el desarrollo y perfección de la persona humana. Esta, la persona humana, se distingue por su ser exigente, cuyo desarrollo y perfección constituyen un deber-ser. Por lo tanto, la justicia es una exigencia de la persona humana, una necesidad, porque necesidad es el correcto desarrollo de la sociedad.

Para evitar confusiones bastante habituales en el tema que estamos tratando –v. gr., confusión entre derecho y coacción– es preciso advertir que el derecho no es el sistema de recursos para garantizar la efectividad del derecho. Una cosa es la nota esencial del derecho –la necesidad o ineludibilidad– y otra los recursos aplicables en función de esa nota. Es evidente que los tribunales y sus sentencias en relación con un derecho no son ese derecho; la ejecución forzosa es consecuencial al derecho, pero no es el derecho; la acción de las fuerzas de seguridad defendiendo un derecho, no

son ese derecho, etc. Por lo tanto, una cosa es el derecho y otra cosa distinta es el sistema de recursos sociales para garantizar el derecho.

El derecho es la cosa debida; el sistema de recursos para asegurar la efectividad del derecho es un sistema de acciones de los agentes de la sociedad en función del derecho. Confundir el derecho con la acción garantizadora de su efectividad, sería destruir la esencia misma del derecho –la *obligatio*– y sustituir el derecho por las vías de hecho.

Al respecto hay que tener en cuenta la conocida distinción entre *validez* y *eficacia* del derecho. El sistema de garantía de efectividad actúa en el orden de la eficacia. Sin acción de ese sistema un derecho puede resultar ineficaz, pero sigue siendo válido.

El sistema de garantía de efectividad del derecho comporta como consecuencia no siempre posible la coacción, por lo que se afirma que la coactividad –posibilidad de coacción– es una nota del derecho. Distinguidos necesidad o ineludibilidad y coacción o fuerza física, debe decirse que la coactividad es una nota común de muchos derechos, pero no es una nota esencial del derecho.

Esto significa que la coacción no entra en la definición de derecho. Sin embargo, no faltan autores que afirman que la coacción es una dimensión esencial del derecho. Esta posición es insostenible. El derecho es la cosa debida, esto es, el bien o la carga que está en relación de atribución con un sujeto y en relación de deuda con otro. En cambio, la coacción es una fuerza externa a la cosa; es la fuerza social que se aplica al efectivo cumplimiento del derecho como debido.

Por eso mismo la coacción tampoco es una nota esencial del derecho; la nota del derecho es la *coactividad*, esto es, la capacidad o posibilidad de generar la coacción, que es lo inherente a la condición de debido propia del derecho.

Con todo –como ya hemos dicho– la coactividad es una nota común a muchos derechos, pero no es una nota esencial del derecho, pues hay una serie de ellos que no son coaccionables en sentido propio; en general, no lo son aquellos que consisten en prestaciones personalísimas. Sin embargo, tales derechos no coaccionables son verdaderos derechos, porque son verdaderas deudas de justicia.

*Derecho y derecho subjetivo*

No es posible dar una noción completa del derecho sin aludir a la relación que existe entre el derecho y el derecho subjetivo. ¿Son cosas distintas o uno es subsumible en el otro?

Ante todo recordemos sucintamente qué es el derecho subjetivo. Por derecho subjetivo se entiende una facultad moral o poder de la persona con relación a una cosa, o también, aunque con matices distintos, con relación a una persona; v. gr., cada una de las facultades que son inherentes a la propiedad: facultad de usar, facultad de vender, etc., o las libertades fundamentales (facultad de obrar, facultad de hacer, etc.). Siendo múltiples los objetos posibles de la facultad moral en la que se hace consistir el derecho subjetivo, pueden reducirse abstractamente a tres: la posibilidad de hacer (*facultas agendi*), la facultad de tener (*facultas possidendi*) y la facultad de exigir (*facultas exigendi*). Especialmente la *facultas exigendi* se entiende como facultad inherente a todo derecho, pues como sea que el derecho es algo de obligatorio respeto y supone un deber –debido–, su titular tiene la facultad de exigir.

Independientemente de la discusión acerca de hasta qué punto los juristas romanos y tratadistas medievales anteriores al siglo XIV conocieron la existencia de esas facultades, lo cierto es que no se encuentra definido el derecho como facultad, esto es, como derecho subjetivo, hasta Guillermo de Ockham; al menos así se deduce de las investigaciones más recientes. Aun cuando pueda admitirse que la doctrina jurídica anterior advirtió la existencia de las facultades morales o derechos subjetivos, el derecho como facultad moral no aparece antes del teólogo franciscano ni en las definiciones de derecho ni en las enumeraciones de las varias acepciones de la palabra «derecho».

El punto clave, lo que verdaderamente tiene interés decisivo para el concepto de derecho, es que el derecho subjetivo entró en la doctrina, sustituyendo la noción realista de derecho (el derecho como la cosa justa debida). Y esto fue obra fundamentalmente de Ockham, al que siguieron los autores nominalistas, que dominaron la cultura universitaria en la época posterior al teólogo franciscano. Se trata, pues, de la sustitución de una noción por otra. Por eso, en la medida en la que se extendió la noción de derecho subjetivo, fue amenguando y desapareciendo –allí donde prevale-

ció el derecho subjetivo— la noción objetiva o realista del derecho. ¿Por qué esa aparente incompatibilidad?

Guillermo de Ockham se ocupó de la noción de derecho en su obra *Opus nonaginta dierum* —escrita en tres meses, noventa días, de donde le viene el nombre— a propósito de la disputa acerca de la pobreza franciscana, que enfrentó a la facción de los franciscanos «espirituales» con el Papado. Es en este contexto donde Ockham operó la sustitución de un concepto de derecho por otro. Los franciscanos espirituales —y con ellos Ockham— defendían que, por la pobreza que debían vivir, solo tenían el uso de hecho de las cosas, sin ningún derecho. La raíz de la cuestión estribaba en la pretensión de los espirituales de poder usar las cosas de las que tenían necesidad —desde los bienes consumibles como la comida o el vestido, hasta los bienes no consumibles como los inmuebles donde albergarse— sin ninguna clase de derecho. Fácilmente se observa que esta pretensión resulta imposible, si se parte de que el derecho es cosa justa —noción que está en el trasfondo de la argumentación de los curiales del Papa—, pues siendo la cosa derecho, todo uso de la cosa que sea jurídicamente correcto, justo —no abusivo o injusto—, es inseparablemente un uso de derecho: el derecho de uso, o sea, el uso como derecho. Si suponemos la consumición de un bien que sea justo (v. gr., la comida), ello implica la apropiación de la cosa hasta su consunción, esto es, el uso de la cosa como propiedad; luego, al menos en las cosas consumibles, no es posible apropiarse de la cosa sin ejercer a la vez la propiedad como derecho —pues es una apropiación justa—, ya que la cosa misma es derecho en cuanto justa: debida en justicia (y no puede negarse que si alguien le da un alimento para que lo coma, en tanto se apropia de él, se le debe en justicia). En suma, desde la concepción realista del derecho resulta imposible admitir un simple uso de hecho, sin ningún derecho, pues el uso es algún derecho por precario y débil que sea.

Para poder defender el mero uso de las cosas, había que separar la cosa y el derecho, el derecho debía ser algo distinto de la cosa, de modo que, renunciando a todo derecho, restase usar de las cosas sin derecho. Ockham recurrió para ello a definir el derecho como *potestas* o *facultas*: «toda potestad lícita». Potestad lícita, no justa, de modo que fuese posible un uso lícito sin ser un uso justo o jurídico (uso de derecho). Pero como sea que, en principio, lo lícito y lo justo coinciden (lo lícito es lo conforme a la ley y, por lo tanto, es lo justo legal, lo cual implica un derecho como vimos), había que distinguir entre lo lícito meramente moral y lo justo ju-

rídico propiamente dicho. Para ello, Ockham distinguió entre el *ius poli* (potestad conforme a la recta razón, facultad concedida por el cielo: *polus*) y el *ius fori* o potestad de vindicar y defender en el foro, o sea, ante el juez humano (*potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*). El *ius poli*, que equivaldría al derecho natural –derecho concedido por el cielo, esto es, Dios–, no sería, según Ockham, propiamente derecho sino licitud de obrar moralmente bien; usar y poseer con *ius poli* sería usar y poseer correctamente según el orden moral. En cambio, el *ius fori* sería concesión humana (luego sería derecho positivo) y –conclusión obvia– sería verdadero derecho, defendible en el juicio. El derecho en sentido propio y estricto es entendido, pues, como una *potestas* o *facultas* y, en particular, como aquella potestad o facultad que incluye la posibilidad de ejercerla en juicio. Según esto, para Ockham los franciscanos tendrían el *usus facti* y el *ius poli*, pero carecerían del *ius fori*.

Como puede advertirse, en Ockham se produjo la sustitución de la cosa justa y debida como derecho por el derecho subjetivo en la noción o concepto de derecho. El derecho es el derecho subjetivo. ¿Y la cosa? La cosa pasa a ser el *objeto* del derecho, o realidad sobre la que recae la facultad moral o potestad. Así, por ejemplo, ya no se dice que la propiedad es la casa, sino que la casa es el objeto del derecho (subjetivo) de propiedad. Por eso se habla de derechos *sobre* las cosas: el derecho sobre la casa, en el ejemplo recién puesto.

La noción de derecho como facultad o potestad pasó de Ockham a una serie de autores, entre los que cabe citar a Juan Gersón, Juan Mayr, Conrado Summenhart de Calw y Juan Driedo de Turnhout. Son varios los autores de la Segunda Escolástica que, junto con la noción primaria de derecho como la cosa justa, se hicieron eco del derecho subjetivo (Vitoria, Soto, Molina), pero fue Suárez quien de modo claro y rotundo sustituyó la cosa justa como derecho por el derecho subjetivo, tal como lo vimos antes. Menos investigada está la penetración de la concepción del derecho subjetivo en la ciencia jurídica, pero puede decirse que fue profunda en el siglo XVI y desde el siglo XVII estuvo plenamente asumida hasta nuestros días.

Visto lo que antecede cabe preguntarse ahora si el derecho –en sentido propio y primario: la cosa justa y justa– y las facultades de hacer, tener y exigir son incompatibles entre sí, de modo que, pues el derecho es la cosa justa, tengamos que negar la existencia del derecho subjetivo, entendiéndolo como una elucubración viciada en sus orígenes.

Que hay un vicio radical en la teoría ockhamiana del derecho subjetivo y en su posterior aceptación por la doctrina es conclusión con la que concordamos: derecho y cosa no son separables. El derecho sin cosa es forma vacía, sin sustancia; el sistema jurídico se asienta en el reparto de las cosas, corporales o incorporeales, y por consiguiente, lo que llamamos derecho es una *cosa justa*, de modo que sin cosa —la pura formalidad— no hay derecho.

Ahora bien, ya hemos dicho que las cosas que constituyen el derecho pueden ser incorporeales, como una función y un poder. En este sentido, no es incompatible el derecho o cosa justa con el derecho subjetivo. Pueden existir facultades o poderes de hacer y tener que correspondan a una persona. La facultad o poder es, en tal caso, la cosa justa, el derecho del sujeto. Claro es que entonces el derecho subjetivo no es un factor del orden jurídico distinto del derecho; es sencillamente derecho. No cabe, para esos casos, hablar de derecho subjetivo como factor o elemento del orden jurídico; esos factores o elementos siguen siendo dos: la ley y el derecho. En otras palabras, hay derechos que consisten en facultades o poderes, hay derechos que son derechos subjetivos, aunque estos casos son pocos, pues la mayoría de los que se tienen por tales son entendibles, no como facultades, sino como cosas.

Por otra parte, todo derecho, en cuanto es debido, genera en el titular del derecho la posibilidad de exigir la entrega de la cosa o el respeto al derecho. De todo derecho es propia la *facultas exigendi*. Siendo así las cosas, hay derechos subjetivos que son un factor o elemento consecuen- cial del derecho. Pero no son independientes del derecho, sino una de sus manifestaciones, por lo tanto, tampoco constituyen un factor o elemento del orden jurídico distinto del derecho.

En suma, hay derechos subjetivos que son cosas justas y los hay que son manifestaciones de la cosa como derecho, manifestaciones del derecho. En cualquier caso, el derecho subjetivo no es un factor independiente y distinto del orden jurídico: o es derecho o manifestación del derecho.

### *La relación jurídica*

El derecho, por su nota de alteridad, supone una relación entre dos o más sujetos: la relación de justicia o relación jurídica. Puesto que la

acción justa consiste en dar a cada uno su derecho, supone dos sujetos relacionados, uno como titular del derecho, otro como titular del deber. Es la relación acreedor-deudor. Una relación que es de oposición y complementariedad, como dijimos, y que se llama relación jurídica.

Aunque, propiamente hablando, la relación jurídica es la relación que existe entre los dos sujetos en posición distinta y complementaria, se suele llamar relación jurídica al todo, esto es, a la parcela de la vida social estructurada según la relación. En este sentido totalizante, la relación jurídica comprende: a) Los sujetos, esto es, las personas relacionadas en su condición de deudor y acreedor. b) El fundamento de la relación, es decir, aquello por lo que los sujetos están relacionados y la relación es jurídica, que es la cosa atribuida y debida. c) El vínculo jurídico o unión de los sujetos en relación con la cosa. d) El contenido o conjunto de situaciones jurídicas —titularidades, facultades, deberes, etc.— de las que son sujetos las personas relacionadas. Como la relación jurídica es una parcela de la vida social estructurada y organizada en función de las cosas, la relación jurídica está presidida por un principio organizador, que es la finalidad de la relación.

Según lo que acabamos de ver, se puede definir la relación jurídica como aquel sector de la vida social, organizado y estructurado por sus fines, según una relación de justicia.

¿Se identifica el vínculo jurídico con el contenido de la relación? Algunos autores, tanto civilistas como canonistas, sostienen que así es; el vínculo jurídico sería el conjunto de situaciones jurídicas: los derechos subjetivos, los deberes, etc. Sin embargo, no creemos que sea así: el vínculo jurídico no se confunde con el contenido. El vínculo jurídico es la unión o vinculación de los sujetos en función de la cosa según su finalidad. En cambio, el contenido es el conjunto de situaciones jurídicas que surgen de ese vínculo. Así, la relación paterno-filial persiste siempre, aunque se suspenda la patria potestad. El vínculo jurídico persiste en su plenitud, aunque se suspenda la eficacia de todo el contenido o se pierdan parte de esas situaciones jurídicas. Muchas veces, cuando se habla de que una situación jurídica es válida pero ineficaz, lo que sucede es que permanece el vínculo con la suspensión o pérdida de la situación jurídica.

Para que, por parte de los sujetos, pueda existir una relación jurídica se requiere la igualdad entre ellos y la perfecta alteridad.

Ya hemos visto que el derecho es lo igual; requiere, pues, la igualdad entre lo debido y lo dado. Mas para que esto sea posible es preciso que los sujetos puedan ser iguales, de modo que el sujeto de la acción justa pueda dar al titular del derecho enteramente lo debido. Pero esto no es posible si, por desigualdad entre los sujetos, el deudor no resulta capaz de dar cabalmente lo debido, que es lo igual a lo recibido. Así ocurre entre padres e hijos, en lo que se refiere a la deuda de los hijos contraída con sus padres en razón de lo recibido de ellos. Al ser los padres engendradores de los hijos y por ello haberles dado el don de la vida, la deuda contraída por los hijos de cuidar y alimentar a sus padres no alcanza a ser igual al bien recibido. Este tipo de relaciones en las que no hay igualdad, no son propiamente de justicia, sino de otra virtud: la piedad; son relaciones de piedad, semejantes a las de la justicia por haber una deuda en sentido propio y estricto, pero diferentes, por no haber igualdad. Dado que la deuda es propia y estricta como en las relaciones de justicia, las relaciones de piedad pueden ser protegidas y reguladas por el ordenamiento jurídico, equiparándolas a las relaciones jurídicas.

El otro requisito de la relación jurídica por parte de los sujetos es la perfecta alteridad. Como sea que las relaciones jurídicas suponen dar a su titular lo suyo, es preciso que el deudor y el acreedor sean enteramente otros, de modo que la cosa no sea del deudor y, en cambio, lo sea del acreedor. Si ambos forman una comunidad y, en razón de ello, no son enteramente otros, de manera que la cosa, por estar destinada a la comunidad, es también del deudor, no existe entonces la deuda ni, por lo tanto, el deudor, pues la cosa también es suya y, en consecuencia, este no tiene el deber de darla. Por consiguiente, mientras no exista perfecta alteridad entre los sujetos –ser enteramente otros–, no puede haber relación de justicia. Es lo que ocurre entre marido y mujer respecto de los bienes afectos a la comunidad de vida conyugal, o entre padres e hijos en relación con los bienes destinados a la vida familiar.



## V. LA NORMA JURÍDICA

Visto el derecho, debemos dirigir nuestra atención a la norma jurídica, la *lex* o ley de los antiguos. Nos ocuparemos primero de la relación entre la norma y el derecho.

### *La norma y el derecho*

Punto fundamental para desarrollar el tratado filosófico-jurídico de la norma es establecer la relación que existe entre ella y el derecho. ¿Qué es la norma respecto del derecho? Tres respuestas fundamentales pueden observarse en el panorama doctrinal.

*Primera:* la norma no es otra cosa que el derecho mismo. Es la respuesta del normativismo, para el cual la acepción primaria del derecho es la norma o ley. Cuando dicen derecho, estos autores se refieren a la norma. En este caso no puede hablarse de relación entre derecho y norma, sino de identidad entre ambos. El normativismo confunde –como ya se ha puesto de relieve– dos cosas distintas: el objeto de la justicia o derecho y la regla de derecho o norma. Si por derecho entendemos el objeto del oficio del jurista, la norma es cosa distinta del derecho, pues el jurista no hace la norma, que es lo que significaría que la norma es el objeto del arte del jurista; ni tampoco la interpretación de la norma, que entra en el campo del jurista, es la tarea terminal de este, pues si interpreta la norma es para declarar el derecho, como ya se dijo.

*Segunda:* la norma –la ley en su terminología– no pertenece al derecho –no tiene entidad jurídica–, sino a la moral. Es la singular postura de Villey. Dada la distinción entre derecho y ley –afirma– el derecho es lo justo, mientras que la ley es norma de conducta y, en consecuencia, pertenece a la moral, que es la ciencia del obrar. Posición que es pareja con su afirmación de que la justicia legal no pertenece al derecho, sino a la ética.

Esta tesis de Villey no parece sostenible. Si es verdad que la ley no es el derecho, sin embargo, la ley tiene relación con el derecho, porque es fuente y criterio de lo justo, del derecho. Es constante que las leyes atribuyan funciones, servicios y bienes a las personas, marquen requisitos para el uso de los derechos, señalen los límites de estos y otras cosas semejantes. Por eso, forma parte del oficio del jurista interpretar las leyes. En tal sentido, la ley posee naturaleza jurídica y, en consecuencia, tiene una estrecha relación con el derecho. La ley es norma moral, como es norma política, pero también es norma jurídica.

*Tercera:* implícita en la tradición clásica, que no usa el término «norma», sino el de «ley», fue Tomás de Aquino quien la expresó en una fórmula científica: la ley es la *ratio iuris*, la regla o estatuto del derecho. Si el derecho es la cosa justa, aquella cosa debida a su titular, la norma establece el estatuto del derecho: atribuye cosas a un titular, concede facultades, delimita el uso, etc. En pocas palabras, *regula* al derecho, es su regla.

Esta es, a nuestro parecer, la relación entre el derecho y la norma. La norma representa la regla del derecho, entendiendo por tal su estatuto. La norma es, pues, regla del derecho, y en tal sentido es norma *jurídica*.

Al respecto debemos hacer una observación. Si la norma es regla del derecho, la acepción de norma que corresponde utilizar en filosofía jurídica tiene que ser aquella primera y generalísima, que entiende por norma toda regla del derecho. Ahora bien, es un hecho notorio que no solo la ley es regla o estatuto del derecho. Si la ley y la costumbre con fuerza de ley son regla de derecho, también lo es la norma procedente de la autonomía privada. Por el convenio o contrato se generan, modifican y extinguen derechos –por lo tanto, relaciones jurídicas– y se establecen normas o estatutos jurídicamente vinculantes, esto es, verdaderas reglas

de derecho. Por lo tanto, al hablar en filosofía jurídica de la regla de derecho, hemos de utilizar la noción general de la norma, equivalente a norma jurídica, pues se trata de llegar al concepto y las características universales de la regla jurídica.

### *Funciones de la norma*

La norma jurídica es regla de derecho, según acabamos de ver. Resta ahora determinar qué funciones ejerce la norma respecto del derecho, de acuerdo con su naturaleza de regla o estatuto del derecho. Estas funciones son las de *causa* y *medida* del derecho.

Lo primero que se puede observar es que la norma jurídica constituye derechos al atribuir funciones, repartir cosas, conceder poderes y facultades, etc. Tanto la norma emanada del poder público, como la costumbre con fuerza jurídica o el contrato entre particulares (*lex privata*) crean derechos, trasladan titularidades, otorgan funciones, y, en suma, son fuente y origen de derecho, constituyen el derecho. Por lo tanto, la primera función detectable en la norma jurídica en relación con el derecho es la de ser *causa* suya.

Esta función está contenida en la norma, porque a través de ella se ejerce el dominio propio del poder público o, en su caso, el dominio que corresponde a los particulares. En efecto, causar la titularidad del derecho, sea respecto del primer titular, sea por cesión o traslación, implica un poder o dominio sobre aquello que se constituye como derecho, pues el reparto o atribución de cosas (bienes, cargas, funciones, servicios, etc.) es propio de quien tiene dominio o poder sobre ellas.

La segunda función de la norma respecto del derecho consiste en *regularlo*, esto es, en establecer todo aquello comprendido en lo que antes hemos llamado la medida del derecho: su delimitación y requisitos, presupuestos y condiciones para su uso y su ejercicio.

Tal función es propia de quien posee la facultad de ordenar la vida social (poder público) o la facultad de regular el ámbito privado como producto de una autonomía (autonomía privada). Según esta función, la norma jurídica es la *medida* del derecho.

De que la norma jurídica sea causa y medida del derecho se desprende que tiene un doble efecto, lo cual postula una doble función: la norma, por una parte, es *constitutiva* y, por otra, es *reguladora*. No es, pues, simplemente una norma de conducta, medida de los actos humanos. Es verdad que la norma jurídica mide y dirige las conductas –y en tal sentido es regla o norma de conductas–, pero no se limita a eso; tiene también a veces una función constitutiva, que origina, modifica y extingue derechos, y, con ello, las relaciones jurídicas.

### *Una consecuencia metodológica*

La consideración de la norma como regla o estatuto del derecho reafirma cuanto antes se ha dicho sobre la perspectiva desde la que la filosofía del derecho contempla la norma.

La norma como regla social de conducta u ordenación del obrar humano con relación al bien común es la perspectiva propia de la filosofía política (la política es el arte de conducir a la comunidad humana a sus fines sociales, al bien común), pero no es la adecuada a la filosofía jurídica. Por lo tanto, tampoco el estudio de la norma como fenómeno de poder puede ser el punto de partida del estudio filosófico-jurídico del derecho. Por más que esto sea frecuente entre los filósofos del derecho, ello debe considerarse como una desviación. La ciencia jurídica no es la ciencia del orden social, ni del arte de organizar la sociedad. Todo esto es propio de la ciencia política –obra de los políticos– y de las normas procedentes del poder público en cuanto tienen una primordial función política. En cuanto es regla de conducta y ordenación al bien común, la norma de procedencia pública tiene naturaleza política y no debe llamarse norma jurídica, sino ley o norma política (ley o norma de la organización de la *pólis*).

No es, pues, la condición de norma de conducta u ordenación al bien común (condición primera y fundamental de la norma procedente del poder político), lo que debe ser objeto de contemplación y estudio por la filosofía del derecho; aquello que interesa al jurista y la perspectiva del filósofo del derecho es la naturaleza de las normas –y entre ellas la ley– como estatuto del derecho, como regla (causa y medida) del derecho, esto es, como norma jurídica. En otras palabras, la norma aparece ante la ciencia y la filosofía jurídicas como criterio de lo justo, entendiendo por tal

—como se ha dicho repetidamente— la cosa atribuida a un sujeto, debida a él con deuda en sentido estricto.

Si esto resulta claro en lo que respecta a lo justo conmutativo y a lo justo distributivo, quizás pueda parecer más oscuro en lo que atañe a lo justo legal. Como sea que lo justo legal es, en definitiva, el cumplimiento de la norma, parece que la regla de lo justo legal es norma de conducta (obrar según ley). Ciertamente cumplir la norma implica obrar conforme a ella, pero la ciencia del derecho no se interesa por ese cumplimiento en cuanto con ello se implanta un modelo de sociedad o la conducta se ordena al bien común (perspectiva política). Se interesa por la norma —y por la correlativa conducta— en cuanto que es el cumplimiento de lo debido de la parte que a la persona compete como derecho de la sociedad y deuda o deber de la persona. En otras palabras, en lo justo legal la ciencia jurídica realiza su función típica al igual que en los otros tipos de lo justo: decir el derecho, declarar lo justo. Y esta perspectiva del oficio de jurista es aquella desde la que la filosofía jurídica contempla y estudia la norma o regla de lo justo legal.

### *La definición de la norma jurídica*

Visto lo que antecede, corresponde ahora intentar dar una definición de la norma jurídica, como paso previo necesario para su estudio pormenorizado.

La correcta definición de la norma jurídica es cuestión importante para la filosofía del derecho, pues se trata de mostrar los elementos esenciales de dicho tipo de norma y, por consiguiente, la idea cabal que se deba tener de ella. Por eso, ante todo, conviene precisar los rasgos característicos de la definición que nos ocupa.

Toda definición bien establecida debe responder a la pregunta *qué es* la cosa definida; es menester, pues, que manifieste los trazos esenciales del concepto que de ella se tenga. Ahora bien, cada concepto depende del modo de conceptualizar y de la perspectiva formal de la ciencia que lo elabora. Así, no son idénticos —aunque ambos expresen un aspecto de la verdad del ente— un concepto metafísico o un concepto fenomenológico; ambos conceptos dicen qué es la cosa, pero según distintos niveles

de profundidad del conocimiento. Teniendo esto en cuenta, lo primero que se ha de advertir es que el concepto de norma jurídica que debe expresar la definición que buscamos es una noción *filosófica* –no técnico-jurídica–, según la configuración del conocimiento filosófico que hicimos oportunamente. Lo segundo que se debe tener en cuenta es que la definición que nos interesa ha de expresar el concepto de norma jurídica desde la perspectiva de la filosofía del derecho y según su modo de conceptualizar; por lo tanto, no le interesa la perspectiva de la filosofía política, ni la propia de la filosofía moral o ética. ¿Qué representa, *qué es* la norma jurídica desde la perspectiva del jurista? Esta es la pregunta a la que ha de responder la filosofía del derecho.

Tanto la teoría clásica *de legibus*, como la teoría moderna de la norma, conciben la norma jurídica a manera de regla de conducta, medida de los actos humanos. La norma es concebida como regla de las acciones y, en consecuencia, la norma jurídica es entendida como una clase o tipo de reglas de conducta. Mas ya hemos dicho que ese concepto de norma es en realidad válido para la filosofía política y para la ética.

En ambos casos se trata, respectivamente, del orden de las conductas humanas con relación al bien político o bien común y con relación al bien moral de la persona. Desde distintos puntos de vista, ambas ciencias contemplan la norma de derecho como regla de conducta, medida de los actos humanos. Pero dicho concepto no responde a lo que la norma jurídica es para el jurista, y por lo tanto, para la filosofía del derecho.

Aquello que constituye una norma en jurídica es su relación con el derecho, con la cosa justamente debida. Una norma es jurídica, porque tiene una función respecto del derecho. En esa función y no en otra reside la juridicidad de una norma. Ahora bien, ya hemos señalado que las funciones de la norma respecto del derecho consisten en ser causa y medida del derecho, o dicho en otras palabras, la norma jurídica es regla del derecho en cuanto contiene el estatuto del derecho: *ratio iuris*. Ciertamente la norma jurídica regula conductas, puede ser regla o medida de los actos humanos, mas su función no se limita a eso –hay normas constitutivas de derecho– y en todo caso lo que interesa al jurista es la regla de conducta en cuanto que la conducta es derecho o cumplimiento del derecho. La norma no se constituye en derecho en cuanto regula una

clase o tipo de conductas –como es habitual decir–, sino en cuanto es estatuto del derecho.

De todo lo cual se deduce que aquello que es la norma jurídica en la perspectiva de la filosofía del derecho –aquello por lo que una norma es jurídica, esto es, objeto del oficio del jurista– se determina por su función y relación con el derecho: causa y medida suya. Por lo tanto, el concepto de norma jurídica y la correspondiente definición a la luz de la filosofía del derecho se forma a partir de sus funciones con relación al derecho.

Según esto, la definición de la norma jurídica se expresa con la clásica dicción *ratio iuris*; lo que en castellano tiene dos formas equivalentes de decirse: *la norma jurídica es la regla del derecho*, o también, *la norma jurídica es el estatuto del derecho*.

Definida la norma jurídica, a continuación corresponde analizar las varias cuestiones filosóficas que se plantean acerca de su entidad y de sus características.

### *Naturaleza de la norma jurídica*

Al entrar en el análisis de la norma jurídica, lo primero que aparece es la cuestión de su naturaleza, esto es, averiguar en qué consiste la norma jurídica.

Cuatro respuestas principales pueden advertirse en el panorama de la filosofía jurídica; la norma jurídica es: un acto de poder, un juicio hipotético, un juicio deóntico, una proposición prescriptiva.

Que la norma jurídica es un mandato o *acto del poder* es la postura clásica y más largamente extendida, de modo que las demás tesis pueden considerarse minoritarias. La norma jurídica, se dice, es un *iussum*, un acto de mando, de modo que la imperatividad se entiende como una característica esencial de la norma jurídica. En este sentido, la norma jurídica es entendida como producto del poder, que manda realizar una conducta determinada a los destinatarios de la norma. Como se advierte, esta tesis parte de dos supuestos: la norma jurídica tiene su origen en el poder –es un acto de mandar– y es una regla de los actos humanos.

El primer supuesto tiene razón de ser para aquellos autores que desconocieron la noción de norma y se centraron en la ley, porque efectiva-

mente la ley tiene su origen en el poder público. Pero si de la ley pasamos a la norma y si por norma jurídica entendemos la regla del derecho, este primer supuesto no tiene un buen fundamento. En efecto, por una parte, no es aceptable en el caso del derecho internacional, porque existiendo tal derecho, sin embargo, hasta tiempos muy recientes no hubo organismos supraestatales y aún los que hoy existen deben su nacimiento a los pactos entre Estados, de modo que su capacidad de generar normas jurídicas proviene del pacto y se mantiene en tanto cada Estado acepta seguir vinculado por el pacto. El derecho internacional ha sido tradicionalmente un derecho de tratados o convenios entre Estados jurídicamente iguales y soberanos y no por eso ha dejado de ser verdadero derecho –con normas genuinamente jurídicas–, planteando un problema insoluble –muchas veces ignorado, como si no existiese– a los seguidores de la tesis de referencia. No es extraño, pues, que algunos autores hayan negado –contra toda evidencia– que el derecho internacional sea genuino derecho.

Dentro del derecho interno plantean una dificultad similar las normas jurídicas procedentes de pactos o convenios entre los órganos públicos de gobierno y los grupos sociales de diversa índole (sindicatos, movimientos de oposición, etc.), o entre organismos públicos, o entre estos y organismos privados, etc. Es cierto que en ocasiones estos pactos no trascienden a la esfera del derecho por ser solo manifestación de intenciones políticas, pero no pocas veces dan lugar a verdaderas normas jurídicas alegables ante los tribunales (generan derecho).

Por otra parte, al definir la norma jurídica como estatuto del derecho, ya se decía que tal estatuto puede provenir de la autonomía privada. En la medida en que esta es capaz de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas, así como de regular la medida del derecho, otorga verdaderas reglas de derecho, esto es, normas jurídicas, ya reconocidas desde la Antigüedad con el nombre de *leges privatae*.

De todo lo cual se deduce que la norma jurídica es obligatoria y vinculante, pero no necesariamente imperativa, si con ello se quiere decir que procede de un poder superior de mando. Hay normas jurídicas que proceden del poder y, por lo tanto, son mandatos; sin embargo, no toda norma jurídica es un mandato del poder. En conclusión, la norma jurídica es en todo caso obligación, pero no siempre es imperio o mandato de un superior.



Hablábamos también de un segundo supuesto de la tesis que estamos analizando: la norma jurídica sería regla de conducta. Tampoco este supuesto resulta totalmente aceptable. Se ha visto antes que, si bien hay normas jurídicas que regulan conductas, existen también otras normas jurídicas que son constitutivas de derecho, es decir, que atribuyen cosas, trasladan derechos, crean órganos de gobierno o dirección, otorgan funciones, etc. Estas normas jurídicas no son de suyo reglas de conducta —medida de los actos humanos—, aun cuando influyan indirectamente en las conductas. No son normas que regulan actos, sino estatutos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas: normas constitutivas, que se distinguen por su función de las normas reguladoras de conductas. Las normas constitutivas no son mandatos, o actos de imperio sobre conductas (no mandan hacer, hacen), sino actos creativos, que instituyen, actos instituyentes.

De Kelsen es la teoría de que las normas jurídicas son juicios hipotéticos. Las normas de derecho en lugar de preceptos habría que considerarlas como juicios que establecen no un mandato categórico («haz esto»), sino una consecuencia hipotética o condicional: si se produce tal supuesto de hecho, se seguirá tal sanción o consecuencia jurídica. Por ejemplo, si alguien quiere circular en automóvil, deberá hacerlo por la derecha; si circula por la izquierda, padecerá el correspondiente castigo. Las normas jurídicas no establecerían, pues, deberes categóricos —no serían actos de imperio—, sino que contendrían juicios hipotéticos.

Aparte de que el propio Kelsen rectificó, al menos parcialmente, esta tesis en su época americana, dos objeciones fundamentales pueden oponerse a ella: a) La norma jurídica no es un juicio porque el juicio se limita a enunciar una proposición, v. gr., «Juan es alto». Incluso cuando es un juicio de deber-ser, si es meramente un juicio especulativo y no práctico (como es el caso de los juicios hipotéticos según el modo en el que aparecen en el pensamiento kelseniano), se limita a mostrar un deber-ser sin intimar a su realización. Ahora bien, es específico de la norma jurídica el obligar, producir un deber o una deuda. Si es una regla de conducta, contiene una intimación, un mandato; de ser un simple juicio, ¿dónde se originaría el deber-ser?, ¿por qué debería ser?

La obligación habría que buscarla en algo fuera de la norma; pues bien, ese algo o no existe o es el acto del autor de la norma: si no existe,

tampoco existiría la norma al no existir el deber, y si es el acto del autor de la norma es la norma misma, pues es justamente a ese acto al que designamos como norma jurídica. Por otro lado, si se trata de normas jurídicas constitutivas, es obvio que no son simples juicios, pues un juicio enuncia realidades, pero no las crea; la función constituyente no es propia del juicio, sino de un acto de imperio o dominio.

La norma jurídica no se ciñe a establecer un enlace lógico condicional entre un supuesto y una consecuencia, sino que instituye estatutos vinculantes incondicionales. Aun cuando la norma jurídica pueda entenderse redactada en términos condicionales o hipotéticos, no se limita a establecer un simple enlace lógico entre el supuesto y la consecuencia, sino que contiene un acto eficaz de imperio o de dominio. Por ejemplo, si se trata de estatuir la nulidad de un contrato por defecto de forma solemne, la norma invalidante no se circunscribe a enunciar un nexo lógico hipotético: «si el contrato carece de tal forma solemne, el resultado es la invalidez»; hace algo más, invalida el contrato no reconociéndole fuerza de obligar, esto es, interviene eficazmente mediante el ejercicio del poder de regular los instrumentos jurídicos. Contiene y expresa un acto de imperio o dominio.

b) ¿Puede decirse que la norma jurídica es un juicio deóntico? Por juicio deóntico se entiende un juicio de deber-ser: hay que hacer tal cosa, hay que omitir tal otra. Se trata de un juicio de la razón práctica, que enuncia un deber en sentido propio, un juicio de obligación.

Ante todo es preciso recordar que las normas constitutivas no enuncian un deber, ni de suyo lo establecen, aunque en relación con las situaciones jurídicas que crean, modifican o extinguen puedan generar una serie de deberes consecuenciales. Por lo tanto, no es acertado entender la norma jurídica en general como juicio deóntico, ya que esto no es válido para toda norma jurídica. Acaso pudiera admitirse para las normas que son regla de conducta.

Mas tampoco las normas jurídicas que imponen reglas de conducta son juicios, por la razón antes alegada. Un juicio es, propiamente hablando, un enunciado de razón, efecto de la función cognoscitiva. Es cosa distinta de un acto de poder, que establece el deber; el juicio no es un acto de intimación, no es un mandato, cosa que sí es la norma jurídica que regula conductas. No es correcto, pues, confundir un juicio con un mandato.

En cambio, es un juicio –y un juicio deóntico– la captación del mandato por parte del destinatario. En la medida en que este conoce la norma jurídica que es regla de conducta, la representación intelectual de la norma en la facultad cognoscitiva del destinatario se efectúa por medio de un juicio deóntico. Esta representación es, en efecto, un juicio, un enunciado cognoscitivo: de acuerdo con tal norma debo hacer tal cosa u omitir aquella otra. Pero esto no es la norma jurídica, sino su captación intelectual por parte del destinatario.

Para los analíticos, la norma jurídica sería una proposición prescriptiva. Por tal entienden aquella proposición mediante la cual quien la utiliza se propone inducir a otro a que adopte una determinada conducta. La norma jurídica sería un caso de lenguaje prescriptivo o directivo.

Como es propio de los filósofos analíticos, la norma jurídica es entendida como una forma de lenguaje o comunicación. Proviene ello del defecto fundamental de este tipo de filosofía: entender que nuestra mente no llega a la cosa en sí –no constituye verdaderos conceptos– sino que se limita al análisis del lenguaje. Con ello, reducen la norma jurídica a una expresión lingüística, sin distinguir lo que ya los antiguos autores distinguieron: la norma y la disposición o enunciado, ya verbal ya escrito, de la norma. En otras palabras, los analíticos confunden la norma jurídica con su expresión oral o escrita.

A ello hay que responder que la norma jurídica se puede expresar en forma de proposición prescriptiva, pero es más que una proposición: es un estatuto, un acto de imperio o de dominio. Por lo mismo no puede reducirse la norma a un factor de comunicación; la norma, al expresarse, establece una comunicación, pero se comunica un contenido o acto de imperio o de dominio, una o regla o estatuto, que es lo esencial de la norma.

Además, nuevamente hemos de decir que la postura de los analíticos, como las otras posturas vistas anteriormente, se refiere en todo caso a las normas que son reglas de conducta, pero no es aceptable en lo que atañe a las normas constitutivas, las cuales no se expresan en proposiciones prescriptivas, sino en proposiciones indicativas.

Al respecto parece oportuno poner de relieve la escasa coherencia de los analíticos al afirmar que la norma jurídica es una proposición prescriptiva. Con ello muestran que su análisis del lenguaje es, en buena

parte, ficticio, pues no tienen en cuenta el lenguaje real de las normas jurídicas, sino aquel lenguaje que al parecer les sería adecuado. Suponiendo que las normas jurídicas contuviesen siempre un mandato, el lenguaje que les correspondería sería el deóntico y el imperativo, de donde, si eso se cumpliese, las normas jurídicas tendrían la forma de una prescripción. Pero el caso es que el lenguaje real no es así. Son muchas las normas redactadas en indicativo, presente o futuro, lo cual muestra que los analíticos, al calificar a la norma de proposición prescriptiva, no expresan el lenguaje real, sino el lenguaje que debería corresponder a una prescripción. Pero es obvio que esto supone partir, no del lenguaje, sino de la noción de norma como mandato, lo que resulta ser un verdadero concepto metafísico de la norma –aunque sea elaborado al mínimo nivel de la metafísica–, más allá del lenguaje. El punto de partida, para afirmar que la norma jurídica es una proposición prescriptiva, no es el lenguaje, sino un concepto metafísico, lo cual representa una incoherencia de los analíticos.

Vistas las diversas posturas doctrinales es el momento de entrar en el análisis de la cuestión que nos ocupa. ¿Cuál es la naturaleza de la norma jurídica? Hemos visto que hay normas constitutivas y normas reguladoras de conductas. Ambas tienen distinta naturaleza: las primeras son actos de dominio o poder instituyente de derecho; las segundas son actos del poder de regulación. Pero es claro que todas las normas jurídicas son reducibles a lo que tienen de común todas ellas. Que este elemento común existe, resulta evidente desde el momento en que una misma y única norma, o un conjunto unitario de normas procedente de un único acto (v. gr., un código, un tratado, una constitución, etc.), pueden ser al mismo tiempo causa del derecho y regla de conducta. Por otra parte, hemos dado una definición de norma jurídica –regla o estatuto del derecho–, que supone una naturaleza común a todas ellas.

Al establecer el estatuto del derecho –crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y señalar la medida del derecho– la norma jurídica se comporta como un *momento* del orden jurídico, esto es, como un factor dinámico de la realidad jurídica que la ordena y la estructura. La norma jurídica estructura la realidad jurídica, al crear, modificar y extinguir las relaciones jurídicas, al darles forma y regular las conductas mediante un sistema de deberes y derechos. La norma jurídica es, pues, *estructura* de

la vida social y en cuanto estructura es una *ordenación*, pues establece un orden. En efecto, la estructura no es otra cosa que la distribución o disposición ordenada de unos elementos en función de un todo, o más exactamente, es el conjunto de partes o elementos ordenados y dispuestos formando un todo. En consecuencia, por ser la norma jurídica un factor estructurante de la vida social, tiene la índole de *ordinatio* u ordenación: es un factor de orden.

Así pues, toda norma jurídica es un factor estructural dinámico, con la función de ordenar y regular el sistema de relaciones jurídicas que constituyen los elementos del ordenamiento jurídico. En consecuencia, la norma jurídica es una *ordinatio* u ordenación.

De dos maneras la norma jurídica ordena –regula, organiza– la vida social, siendo regla o estatuto del derecho. Unas veces, es *constitutiva* de situaciones jurídicas –creando, modificando y extinguiendo relaciones–; otras veces, *regula* o modela conductas.

### *La índole jurídica de la norma*

Una vez visto que la esencia de la norma consiste en ser regla o estatuto del derecho, es el momento de resaltar un punto, que es un corolario de lo dicho. ¿Qué queremos decir cuando calificamos una norma como jurídica? ¿Qué significa que una norma es jurídica? En otras palabras, debemos dejar establecido en qué consiste la juridicidad de la norma.

Nuevamente conviene recordar que cada ciencia tiene su modo propio de conceptualizar y, por lo tanto, que la respuesta a la cuestión planteada debe darse desde la perspectiva de la filosofía del derecho, que es –repetámoslo una vez más– la perspectiva del oficio del jurista. Esta insistencia tiene su razón de ser en la ya denunciada confusión entre filosofía política y filosofía jurídica. Desde el punto de vista de la filosofía política –de la organización de la *pólis*– se llama derecho a las leyes –en el sentido filosófico antiguo ya indicado– y su condición de derecho se especifica –sobre todo a partir de Thomasio– por contraste con las normas morales y los usos sociales. Desde esta perspectiva –que erróneamente han adoptado tantos filósofos del derecho y aun tantos juristas– se afirma que la norma jurídica es jurídica cuando se la puede calificar de derecho o norma imperativa y coactiva de las conductas externas e intersubjetivas; en

otras palabras, se trata de las *normas políticas* o leyes de la *pólis* según la terminología antigua. En este sentido, la juridicidad de la norma sería su *politicidad*, esto es, ser leyes (norma imperativa) de la comunidad humana (conductas externas con relevancia intersubjetiva).

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, esta forma de entender la juridicidad y, en consecuencia, la índole jurídica de la norma no es adecuada. La naturaleza jurídica de la norma es otra.

Antes se ha visto que el derecho en sentido propio y primario (el analogante principal) no es la norma sino la cosa debida. A la norma solamente se la puede llamar derecho por analogía (término y concepto analogados). Por lo tanto, la juridicidad reside en el derecho en sentido propio. «Jurídico» es el adjetivo que manifiesta lo propio del derecho; se llama jurídico a todo aquello que tiene relación con el derecho. Del mismo modo, la juridicidad designa o la esencia del derecho (aquello por lo cual una cosa es derecho) o la relación de algo con el derecho. Cuando de algo se dice correctamente que es jurídico, se afirma o que es derecho o que está en relación con el derecho. Y dado que la norma no es el derecho, sino la regla y el estatuto del derecho (o derecho en sentido análogo), afirmar de una norma que es jurídica, significa manifestar que está en relación con el derecho, esto es, que está constituida como *ratio iuris* o regla del derecho. Así pues, toda norma que sea regla del derecho, tanto si procede del poder público, como si procede del pacto entre poderes o de la autonomía privada, es una norma jurídica.

Esta es la conceptualización correcta desde la perspectiva del oficio del jurista. Al jurista, que tiene por oficio determinar el derecho, la norma le interesa en su función de regla o estatuto del derecho y, en tal sentido, la norma tiene relación con el oficio del jurista y, por ello, es jurídica. Solo vista así la norma puede llamarse, por analogía, derecho. La norma es derecho por ser *ratio iuris*.

### *La función de la razón y de la voluntad en la constitución de la norma*

*Planteamiento.* Visto lo anterior, se trata de analizar ahora en qué medida la norma jurídica es un acto de voluntad o un acto de razón. O más propiamente, se trata de ver en qué medida la norma es un acto racional o volitivo. Como fácilmente puede observarse, hay aquí dos cues-

tiones interdependientes que se entrecruzan. Una es la de saber si la norma es un acto del intelecto o de la voluntad, o sea, a qué potencia humana debe asignarse la norma. Otra, que deriva de la anterior, es en definitiva mucho más importante: ¿es la norma un acto esencialmente racional y, por lo tanto, dependiente de unos presupuestos objetivos, o es un acto en su raíz arbitrario, no sujeto esencialmente a una racionalidad objetiva?

La razón humana tiene una doble función, cognoscitiva e inventiva (en este caso coadyuvada por la imaginación), pero en ambos casos la razón está medida por la realidad objetiva. Tanto cuando conoce, como cuando inventa (lo que no significa crear de la nada, sino hallar, encontrar posibilidades inmersas en lo real), la razón *descubre* lo que está contenido en la realidad; en el fondo la razón siempre está medida por la objetiva realidad de las cosas. Por eso lo racional es lo adecuado a la objetividad de lo real. Por lo tanto, si la norma jurídica procede originariamente de la razón, tendrá la nota de racionalidad, que quiere decir adecuación a la objetiva realidad de la persona humana y de la vida social. Una norma irracional no será producto originario de la razón, sino efecto de una razón encadenada y al servicio de un arbitrio desordenado, por lo que tendrá un vicio esencial: no será una verdadera norma jurídica, sino una arbitrariedad.

La voluntad, en cambio, es una potencia indeterminada, como corresponde al hecho de ser la sede del libre arbitrio, de la capacidad de la libertad de elección. Más exactamente, la voluntad humana no está absolutamente indeterminada, porque está orientada naturalmente a la felicidad y, por lo tanto, al bien absoluto o fin último; por eso siempre se mueve por alguna razón de bien –aunque sea falsa y engañosa– que posea el objeto querido. Pero fuera de esa básica determinación al bien considerado en absoluto (fin último), la voluntad humana está indeterminada respecto de los bienes particulares, y ello es la raíz de la libertad. La elección que la voluntad hace es libre, originaria de ella, por lo que el libre arbitrio puede degenerar en arbitrariedad, sin que ello suponga disminución o alteración en la voluntariedad. Un acto voluntario arbitrario sigue siendo plenamente voluntario. No ocurre así con la razón, respecto de la cual el acto racional corrupto se transforma en irracional. Esto significa que si la norma consistiese esencialmente en un acto de voluntad, seguiría siendo norma, aunque fuese arbitraria.

Así pues, el tema que acabamos de plantear tiene importantes implicaciones.

*La racionalidad como regla del obrar.* El primer tema que se plantea es el de si el obrar del ser libre es en su base anómico, sin regla, de modo que la voluntad es de suyo arbitraria (es su propia regla); o, por el contrario, si hay en la realidad una norma objetiva de rectitud, que, no siendo el puro querer de la voluntad, hace recto o torticero, correcto o incorrecto el obrar del ser libre. A esa objetividad, que es la regla o norma de la rectitud de la voluntad, la llamamos racionalidad, por ser la razón la que la muestra o enseña, aunque no la constituye. Decir que se debe actuar o se actúa según la recta razón, no significa sino el deber de actuar o la actuación conforme a lo real, a la realidad que la razón conoce como regla.

Vista así la cuestión, no cabe duda de que el actuar del ser inteligente debe ser racional en un doble sentido: actuación según el propio ser y según la realidad objeto de operación. En primer lugar, es claro que todo acto es expresión del ser, de modo que el ser actúa conforme a su propia entidad. La estructura del ser, su naturaleza, como principio que es de operación, marca la regla del obrar. Y la marca de dos maneras: en un sentido ontológico, porque ningún ser puede actuar fuera de sus capacidades naturales; así, por ejemplo, el hombre no puede volar por sí mismo o vivir dentro del agua, sin aire, a modo de pez. Todo acto ontológicamente correcto es puesto según la estructura u orden de la potencia y de la capacidad: el escultor hace una buena escultura si maneja correctamente –según las reglas del arte– sus manos. Pretender otra cosa –que el acto surgiese sin la potencia o capacidad–, sería tanto como pretender que del no-ser –de la nada– surgiese algo que es: el acto; lo cual es una imaginación sin fundamento.

Esto, que es válido para todo ser, se aplica también al ser inteligente, para el cual el orden o estructura de su ser es regla racional de su actividad, en cuanto tal estructura es conocida por la razón, de modo que dicha regla forma parte del saber actuar, del actuar ontológicamente recto mediante la prudencia y las diversas artes.

La racionalidad marca asimismo la regla del obrar en sentido moral. El orden moral es el orden del deber-ser. Pero por deber-ser no hay que entender un principio formal meramente racional, no deducido del ser, sino



una exigencia del ser. De lo contrario el deber-ser sería una anomalía de la razón, pues nada habría que ofreciese un fundamento al deber-ser. ¿En virtud de qué habría un deber-ser, si nada en el ser debiese ser? Sería una pura arbitrariedad de la razón, algo anómalo. Si el deber-ser es la *recta ratio*, razón recta, es porque el juicio de deber-ser explicita una exigencia del ser, algo que postula el ser. Y como sea que el deber-ser pertenece al dinamismo del ser inteligente, a su operación, dice relación a lo que el ser humano tiende a ser más plenamente, es decir, a su finalidad. En consecuencia, el deber-ser implica una estructura dinámica, un orden u ordenación al fin. Como proviene de una exigencia del ser, ese orden u ordenación no es arbitrario, sino que es aquel recto dinamismo que alcanza el fin, pues hay una rectitud que consiste en el correcto desarrollo de la operación, de modo que obtenga el fin. Estamos en presencia de algo dado, de un orden u ordenación, no puesto arbitrariamente por la voluntad, sino dado objetivamente, y conocido y manifestado –dictado– por la razón.

Si el ser inteligente ha de obrar conforme a su propio ser, igualmente tiene que operar de acuerdo con la realidad objetiva de aquello que es objeto de operación. Ello es cierto en el orden moral, según acabamos de ver, pues en el obrar moral la realidad operada coincide con el sujeto de la operación, la persona humana. En efecto, la conducta moral es una realización del ser personal, es una operación que, en cuanto moral, no trasciende del sujeto, sino que lo perfecciona (o degrada, si la conducta es inmoral). Vale, en consecuencia, lo dicho antes respecto del deber-ser.

Igualmente es cierto, por ser hecho de cotidiana experiencia, que en el hacer u obrar respecto de entes exteriores se ha de respetar la estructura objetiva de dichos entes. Esto es lo que da lugar a las distintas y múltiples artes. Para construir correctamente un edificio es preciso tener presente la resistencia de los materiales, su aptitud para la función a que se destinan, etc.; como es obvio, no puede construirse un rascacielos con cartón, ni pretender que por las ventanas entre la luz, si los vanos se cubren de madera o de cemento en lugar de vidrio. Los distintos oficios tienen su propio arte, o ciencia práctica, que es conocimiento –saber, función de la razón– de las leyes objetivas o estructura de la materia objeto del operar. También en este caso, el obrar del ser inteligente se funda en una racionalidad o ciencia de la objetividad, propia de la razón. Esto es, en definitiva, lo que plantea la ecología. El hombre no puede

usar voluntaristamente de su entorno natural, sino según las leyes del ecosistema.

La racionalidad de la que hemos tratado en este apartado es aquella a la que la filosofía antigua, griega y romana, especialmente la estoica, se refería al hablar de vivir según la naturaleza, esto es, que el hombre debía actuar según su naturaleza y tratar a los demás seres según la suya.

*La función de ordenar.* El segundo punto sometido a reflexión se refiere a la función de ordenar o reglar, que coincide con la función de ordenar los medios al fin, pues toda regla u ordenación dice relación a un fin, especialmente cuando se trata de regular u ordenar las operaciones.

Antes de entrar a hablar directamente de este tema, parece conveniente aclarar un extremo acerca de la intervención de la razón y la voluntad en los actos humanos. Un acto humano, es decir, aquel realizado por el hombre según su condición de persona —no aquellos actos de los que el hombre no es responsable—, es siempre un acto en el que necesariamente intervienen la razón y la voluntad. Si falta la intervención de alguna de estas dos potencias, el acto deja de ser humano. Por lo tanto, allí donde hay una operación humana personal, hay necesariamente racionalidad y voluntariedad. Si el acto no es voluntario, querido, no hay índole humana en él; y si no hay conocimiento, propiamente tampoco hay voluntariedad, pues la voluntad solo puede querer lo conocido: *nihil volitum quin praecognitum*. Siendo, pues, necesaria esta intervención de la razón y de la voluntad en el acto humano, resulta secundario, a efectos del tema que estamos estudiando, que un acto sea de la voluntad o de la razón, pues en cualquier caso ambas potencias tienen una causalidad necesaria, sea actual o virtual.

Lo más importante y decisivo en lo que ahora nos interesa es la función necesaria de la razón en el acto humano. Ello es así, porque la razón no se limita a conocer lo posiblemente querido, sino que hace presente la racionalidad del acto en los términos antes indicados. Por lo tanto, hace presente a la voluntad la regla técnica y, en su caso, la regla moral que rige el acto. La voluntad recibe de la razón la norma objetiva del obrar; puede la voluntad rechazar esa norma, pero entonces cae en el desorden, lo cual no es lo conforme y adecuado a la persona humana. En todo caso, la voluntad irracional no es la buena regla, sino el desorden arbitrario.

Cuando los autores voluntaristas atribuyen a la voluntad la función de ordenar y reglar confunden la ordenación con la volición de esa ordenación o regla. Ordenar y regular presupone necesariamente querer el fin, y por lo tanto, querer los medios, con el orden y la regla. Pero el orden y la regla los pone, de suyo, la razón. Ello es consecuencia de la objetividad de lo real como vimos: la regla y el orden los abstrae la razón de la realidad. Incluso cuando el orden o la regla se inventan, tal operación es propia de la razón –ayudada por la imaginación–, porque no es la voluntad la que inventa, sino la inteligencia. La inventiva es facultad propia de la razón, de modo que, en definitiva, todo invento consiste en hallar, como decíamos, las posibilidades encerradas en la realidad. Inventar es propio del saber, de la ciencia, no del querer.

Supongamos la edificación de unas viviendas. Naturalmente que, para que se produzca todo el proceso de edificación, es preciso quererlo: es la voluntad del fin, que incluye la volición de los medios. Esto supuesto, la edificación supone los planos de la casa, el cálculo de la resistencia de los materiales, proyectar la forma y la fachada, etc. Pues bien, es obvio que todo esto es obra de un arte, el arte de la arquitectura, que es un saber o ciencia práctica; es actividad de la inteligencia. La estructuración de los elementos de la construcción, el orden o regla de la edificación es propio de la razón. Es obvio que el arquitecto no proyectaría, no haría los cálculos, no confeccionaría los planos, si faltase la voluntad de hacerlo; esto nadie lo pone en duda, pero la regla la da la razón. La voluntad mueve –es la potencia movente como se reconoce unánimemente por obvio–, mas el acto es de la razón, la cual pone la regla, que es la racionalidad.

A su vez, el proceso de construcción –la realización de la obra por albañiles, fontaneros, calefactores, vidrieros, etc.– sin duda está movido por la voluntad: cada acción de los obreros en un acto de voluntad. Empero, la regla la dan los planos en cuanto conocidos y el arte de cada uno de los oficios que intervienen en la construcción. La regla es cosa de la razón práctica, de arte, de conocimiento, que es lo que guía –regula– la acción.

Así pues, regular y ordenar es un acto humano en el que intervienen la voluntad y la inteligencia, ya que se trata de reglas y ordenaciones queridas. A la vez hay que decir que se trata de un acto humano de la inteligencia o razón. Si se pretendiese –como parece ser la tesis de los

voluntaristas— que la voluntad es la que regula y ordena, porque en cada caso acepta la regla y mueve a seguirla, esta pretensión sería inaceptable, porque siempre sería verdad que la regla y el orden no los produce la voluntad, sino que los deduce la razón. Lo único que esta intervención de la voluntad indica es que ordenar y regular es un acto humano, en el que interviene lógicamente la voluntad.

Respecto de la función de ordenar los medios al fin, vale cuanto hemos dicho acerca de la regla y el orden, pues tal función no es otra cosa que un caso de ordenación. Aplíquese, pues, lo que hemos indicado en líneas anteriores *mutantis mutandis*.

Si se trata, por ejemplo, de unir las dos riberas de un río por un punto determinado, a fin de transitar por el artificio de unión, resulta obvio que las soluciones posibles las aporta la inteligencia: construir un puente, establecer una hila de barcazas, etc. La inteligencia aporta también los pros y los contras de cada solución. Sin duda pertenece a la voluntad elegir la solución que se ha de practicar, pero la ordenación de los medios —v. gr., cómo hay que disponer las barcazas o cómo edificar el puente— pertenece a la razón. Todo cuanto es regla u ordenación es cosa propia de la inteligencia.

*El acto de imperio.* Entramos ahora en una cuestión muy próxima al tema de la norma jurídica: ¿es el acto de imperio un acto de la razón o un acto de voluntad? Para contestar a esta cuestión con brevedad y sin perderse en sutilezas, debemos recordar que el acto humano requiere la intervención conjunta de la voluntad y de la razón. Por lo tanto, como el acto de imperio es un acto humano, ni es acto intelectual sin más, ni pura voluntad: es de razón y de voluntad. En síntesis hay que decir que el acto de imperio supone la voluntariedad en cuanto contiene una moción —fuerza de mover— y la racionalidad en cuanto contiene una *ordinatio*, un orden o regla del obrar. En lo que a nosotros interesa debe decirse que el acto de imperio, al contener un orden o regla, está de suyo dotado de racionalidad. En consecuencia, un imperio irracional es un acto distorsionado y distorsionante, un acto corrupto.

Penetrando más en el asunto, se observa que el acto de imperio es un acto de gobierno, de dirección de conductas. Así, el policía que manda circular a los automóviles por tal o cual carril de la carretera, dirige la

circulación y da una regla de conducta. Cualquier mandato es un acto de gobierno, de dirección. Ahora bien, dirigir y gobernar es reglar, ordenar, dar una regla vinculante. Pero, como repetidamente hemos dicho, reglar u ordenar es un acto típico de la razón. Naturalmente que no es solo razón; en cuanto es un acto humano contiene un querer. Si no contuviese un querer, si la ordenación no fuese objeto de la volición, no sería imperio, sino consejo o simplemente opinión. Es obvio, por lo tanto, que el acto de imperio es un acto de razón, que contiene virtualmente y transmite un querer. En otras palabras, es un acto humano en el que interviene la voluntad con su fuerza movente y la razón con su potencia ordenadora. Eso sí, y concluyendo, es un acto humano de razón.

Por ser un acto de razón, la racionalidad, en los términos antes descritos, es una dimensión esencial del imperio; sin racionalidad el imperio se desvirtúa y corrompe y se queda en voluntad arbitraria sin fuerza de obrar.

*El carácter vinculante de la norma.* Conviene ahora tratar de una nueva cuestión. Como hemos puesto de relieve y, por lo demás, es obvio, la norma jurídica es obligatoria y vinculante; pues bien, ¿de dónde procede el carácter vinculante de la norma? Para quienes identifican la norma jurídica con la ley toda la cuestión se reduce al poder: la ley es un acto de imperio que obliga o vincula a obedecer. La norma jurídica es una regla imperativa, cuya obligatoriedad proviene del propio poder. Desde esta perspectiva, la voluntad del órgano de poder –su razón para los intelectualistas– se constituye en regla de la acción del destinatario de la ley. Adquiere entonces una resonancia decisiva la cuestión de si el acto de imperio es de razón o de voluntad, pues si la voluntad como potencia libre y absoluta es regla de la acción del destinatario de la norma, la resultante es que la norma jurídica es regla válida, sea o no racional.

En todo caso, la relación norma-obediencia la han solido establecer los autores como una relación ontológica entre la razón o la voluntad del poder y la razón o la voluntad del destinatario. Por eso, en la filosofía escolástica, aun haciendo sus seguidores uso de la analogía, la cuestión estudiada se trata unitariamente para la ley divina y humana. La razón y la voluntad divina, en su relación ontológica con la razón y la voluntad humana, son medida o regla de estas últimas. Análogamente, la razón

o la voluntad del gobernante son medida o regla de la razón o voluntad del destinatario; por eso se habla de superior (situación de superioridad) y de inferior, o de soberano y súbdito. En la filosofía jurídica moderna, inmanentista, se silencia la ley divina (negada cuando se niega la existencia de Dios), pero se mantiene, más o menos confusamente, la visión del poder como una voluntad que es capaz de imponerse, y en cuanto se impone es regla vinculante.

Pues bien, de acuerdo con este estado de la cuestión, nos parece que hay que advertir dos cosas: primera, la norma jurídica no es solo la ley, sino también el pacto; segunda, en las relaciones humanas, la relación entre el autor de la norma y el destinatario no se ha de plantear en términos *ontológicos* de superioridad e imposición, sino que, por tratarse de hombres esencialmente iguales, la relación ha de establecerse en términos jurídicos de función y servicio, o de compromiso —*engagement*— según los casos.

Comenzando por este segundo punto, debemos rechazar, por el principio de igualdad, la pretensión de que una razón o voluntad humanas se constituyan, por relación de superioridad o de imposición, en una situación ontológica de regla o medida respecto de otras razones o voluntades humanas. El principio de igualdad es una manifestación de la igualdad radical ontológica de todas las personas humanas en cuanto tales y, por lo tanto, en cuanto dotadas de razón y voluntad. Ninguna razón o voluntad humanas es superior, en el sentido de ser regla o medida de otras. Solo la razón y la voluntad divinas, en cuanto divinas, de las que las razones y voluntades creadas son participación, se constituyen en regla y medida ontológicas de la razón y de la voluntad humanas, como ejemplar de lo participado.

Tampoco es admisible la superioridad por imposición o fuerza. En primer lugar, la fuerza no es el sistema originariamente propio de las relaciones humanas. El sistema originario de fuerza es propio del mundo animal, regido por leyes naturales. El hombre, en cambio, se rige por leyes racionales, es decir, por el derecho, que es el sistema racional de las relaciones entre hombres, como corresponde a la dignidad de la persona humana, dotada de un ser racional y libre. El principio del obrar humano reside en la razón y la voluntad, según sus funciones complementarias, no en la imposición de la fuerza. La fuerza solo es admisible en una si-

tuación de falencia del hombre: cuando el hombre perturba el orden social justo, por una conducta que, en cuanto desordenada e injusta, resulta ser irracional. La fuerza es solo un subproducto del derecho.

En segundo lugar, el principio de igualdad rechaza de raíz la dominación o imposición de unos hombres pretendidamente superiores sobre otros supuestamente inferiores. Por la igualdad ningún hombre es superior a otros, en cuanto a una posibilidad legítima de imponerse a ellos. Si se da una situación de fuerza superior capaz de imponerse, tal superioridad es de hecho, no de derecho, pues según derecho todos los hombres son iguales y cualquier imposición meramente fáctica es ilegítima y pura violencia. Todo hombre es dueño de sí. Pasar del hecho —superioridad fáctica de fuerza— al derecho (es decir, esta superioridad de hecho da potestad legítima de dar normas) es justamente el caso más claro de falacia naturalista y de corrupción de la idea del derecho, por lo demás típica del positivismo.

La situación de gobernante, dotado del poder de gobernar y dirigir, no es ontológica; es una situación *jurídica*, determinada por la estructura de la sociedad, que postula unos órganos rectores. Se trata de una situación jurídica de *función y servicio*. Gobernar, estar dotado de poder, es la función propia de un órgano de la sociedad, que cumple un servicio, satisfaciendo una necesidad de la sociedad. Esto supuesto, gobernar, dirigir, dar normas no es una relación personal de superioridad o imposición, sino una relación jurídica de servicio (orgánica en el Estado de derecho). Por lo tanto, la obligatoriedad de la norma no emana de la voluntad del gobernante, sino de la relación jurídica entre el órgano normador y la ciudadanía. Porque el órgano de gobierno tiene la función de gobernar y esta función es necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad, el gobernado está obligado a aceptar y cumplir la norma. Es una *obligación jurídica*, un vínculo de derecho.

Siendo esto así, es obvio que la voluntad arbitraria no es regla para el cuerpo social. La función se ordena al correcto desarrollo de la vida social y, por lo tanto, solo la regla racional, aquella que responde a la objetividad de las realidades humanas y de la sociedad, es verdadera regla. Es lógico que sea así, porque el ejercicio correspondiente a una situación jurídica es, por su propia naturaleza, un ejercicio racional. Solo el acto de gobierno dotado de racionalidad es genuino acto de gobierno y

de él nace la obligación jurídica. Lo arbitrario, lo irracional, no engendra ninguna obligación jurídica, pues el derecho es el sistema racional de las relaciones humanas.

Por otra parte, la norma jurídica puede proceder del pacto entre iguales. En este caso, si el proceso paccional no está distorsionado –lo cual, de ocurrir, viciaría el pacto–, no puede hablarse de la norma jurídica como procedente de una voluntad superior que domina, sino del concierto de voluntades; no hay una voluntad que se impone como regla a otra voluntad, sino un proceso de concertación o negociación, que termina en un acuerdo. ¿De dónde viene en tal caso la obligatoriedad de la norma? Evidentemente del pacto, como acto jurídico que engendra una obligación jurídica. Obsérvese que el pacto no es simplemente el hecho psicológico de estar de acuerdo, sino un acto jurídico, con la correspondiente eficacia jurídica. En consecuencia, también al pacto es aplicable que lo arbitrario y lo irracional no da lugar a una verdadera obligación jurídica.

*La causa de la norma como acto jurídico.* De lo que acabamos de ver se desprende que el origen de la norma no debe atribuirse a actos de voluntad o de razón según su naturaleza ontológica, sino que se encuentra en el *acto jurídico* correspondiente: acto de gobierno o pacto. Lo que importa, pues, es la voluntariedad y la racionalidad en cuanto dimensiones del acto jurídico, porque la causa de la norma no está en la voluntad o en la razón como actos psicológicos, sino en el acto jurídico, con todos los requisitos necesarios para que este se produzca válida y eficazmente. Por lo mismo, la norma jurídica no es el producto de unos actos psicológicos ni de unas relaciones ontológicas personales, sino que es el efecto de un acto jurídico –encuadrado en unas relaciones jurídicas–, cuya naturaleza, obligatoriedad y eficacia deben contemplarse *jurídicamente*, esto es, dentro del sistema jurídico y según lo que es propio del derecho.

*Voluntad y razón en la norma jurídica.* Por ser la causa de la norma un acto jurídico, no interesa tanto el proceso psicológico de formación del mandato o del pacto, para advertir dónde reside el momento psicológico en el que la norma jurídica se forma en la mente de su autor o autores, como ver de qué modo lo voluntario y lo racional se integran como elementos esenciales en la formación del acto jurídico del que procede la norma.



Lo primero al respecto consiste en que los actos de voluntad y razón son igualmente esenciales en el acto jurídico, pues el acto jurídico es un acto humano y como tal es, a la vez, de razón y de voluntad. Sin elemento voluntario o sin elemento racional no hay acto humano y, en consecuencia, el acto jurídico es inexistente o nulo.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que la norma jurídica no es un consejo o sentencia sabia, sino una regla vinculante, o querida como tal por el órgano de poder, o querida y aceptada con ese carácter por los que pactan. Por lo tanto, el acto jurídico que causa la norma contiene un acto de voluntad. Lo cual es específicamente necesario en las normas constitutivas, pues la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, otorgar titularidades, dar funciones, crear órganos, etc., todo ello supone un acto de dominio, que es necesariamente un acto de voluntad.

Ahora bien, la norma jurídica es, decíamos, *ordinatio*, una ordenación o regla que estructura la sociedad. Esto es válido tanto para las normas constitutivas, como para las normas que regulan conductas. En el caso de estas últimas resulta obvio, pero quizás no lo sea tanto en las normas constitutivas, por lo que conviene decir unas palabras al respecto. No debe confundirse la norma constitutiva, con aquellos actos que, sin ser normas, producen efectos jurídicos, a veces similares. Un contrato de compraventa, por ejemplo, modifica relaciones jurídicas, pero no es una norma. En cambio, cuando la constitución de un Estado regula los órganos de poder y administración y crea tales órganos es norma constitutiva, como lo es el estatuto de una sociedad mercantil. Pues bien, el momento constitutivo de tales normas es parte de su acción organizadora y reguladora, por cuanto crean los órganos como forma de organizar y estructurar el cuerpo social; por lo tanto, las normas constitutivas son verdaderas normas o reglas: son *ordinationes* o estructuras.

Si las normas jurídicas son reglas, son obra de la razón. Ya decíamos antes que la función reguladora y ordenadora es propia de la razón. Por lo tanto, la norma jurídica es un acto de razón querido (en el caso del pacto, también aceptado). En cuanto *puesta*, la norma es un acto de razón que contiene virtualmente la moción de la voluntad.

En cualquier caso, lo importante y decisivo es que elaborar la norma no es propio de la voluntad, sino de la razón. En el caso de las nor-

mas procedentes del poder, hacer normas pertenece a un arte, el arte de gobernar, que es una forma de prudencia. Como arte que es, gobernar pertenece a la sabiduría práctica, a una ciencia práctica, que es el arte de la política. Si el acto jurídico que causa la norma es un acto propio del acto de gobernar, puede decirse que esencialmente es un acto conjunto de razón y voluntad, pero que es formalmente un acto de razón.

El decisionismo –doctrina que enseña que la norma jurídica es voluntad– trastoca la naturaleza de la norma, que es producto de una sabiduría y un arte –lo que comporta su esencial racionalidad–, la transforma en una voluntad impuesta, lo cual comporta su deshumanización, rompe el principio de igualdad y convierte al poder en pura imposición, quebrando su verdadera índole de función y servicio.

De no distinta manera cabe hablar de las normas procedentes del pacto. También ellas son –en su genuina naturaleza– producto de la prudencia o sabiduría práctica. Unas veces las normas paccionadas serán producto del arte de la política (como los tratados internacionales), otras veces lo serán del arte de la organización y administración de empresas, etc. Por ello el acto jurídico del que nacen es un acto formalmente de razón, siendo esencialmente un acto conjunto de razón y voluntad.

### *La racionalidad de la norma*

Hemos visto que la regla del obrar humano no es la voluntad arbitraria en ningún caso; por el contrario, solo la voluntad racional –la voluntad guiada por la razón– es aquella voluntad que mueve el correcto obrar del hombre, de donde se deduce que hay un obrar recto y un obrar incorrecto. La línea divisoria entre uno y otro obrar la marca la racionalidad o adecuación de la conducta a la objetiva realidad personal del hombre y del mundo circundante. Más todavía, la norma jurídica, como regla que es, tiene en la racionalidad su formalidad, consecuencia de ser un producto de la razón –por lo tanto, razonable–, aunque implique necesariamente un acto de voluntad. Por lo tanto, una norma irracional –y como tal arbitraria– carece de su elemento formal específico y, en consecuencia, está esencialmente corrupta: si fenomenológicamente puede tener una apariencia de norma, metaempíricamente tiene su esencia corrom-

pida y no es, por lo tanto, una verdadera norma, no engendra obligación jurídica. Esto supuesto, corresponde ahora exponer con mayor amplitud la racionalidad de la norma.

Si la racionalidad se resume, según hemos dicho repetidamente, en el *realismo* de la norma, entendiendo por tal su congruencia con la realidad objetiva del hombre y de las cosas –la objetividad de lo real–; y si la norma procede de la razón en cuanto es regla, resulta que la racionalidad de la norma equivale a proceder de la *recta razón*, esto es, de la razón rectificada por la prudencia y por el arte. Por prudencia, en cuanto se refiere al actuar humano congruente con la condición de persona propia del hombre (*agere o praxis*); por el arte, en cuanto atañe al hacer en relación con las cosas (*facere o poiesis*).

En efecto, cabe distinguir entre dos clases o tipos de acciones humanas. Unas podemos considerarlas, por decirlo así, intransitivas: son aquellas acciones que poseen una virtualidad en relación con la persona misma del agente; la perfeccionan o la degradan. Se trata de aquellas acciones que pertenecen al campo de la eticidad o moralidad de la conducta humana, reguladas por hábitos rectos o virtudes y por hábitos incorrectos o vicios. Este actuar o *agere (praxis)*, si procede de la recta razón, está regulado por la virtud de la prudencia, o virtud del buen obrar, pues llamamos prudencia a la virtud de la razón práctica en lo que atañe al obrar o *agere*.

Otras acciones se distinguen por ser –cabe decirlo así– transitivas: son operaciones que tiene la virtualidad de transformar, de muy diversas maneras y en muy diferentes sentidos, la realidad exterior al hombre, o recaer sobre ella: desde mover un objeto o pintar un cuadro, hasta construir un edificio o curar un enfermo. Estamos en presencia del amplísimo campo del hacer o *facere (poiesis)*. En estas múltiples actividades, el hombre es guiado, para obrar correctamente, por la recta razón, que es la razón práctica rectificada por el hábito recto o arte de que se trate, modernamente llamado muchas veces técnica.

Tanto en el *agere* como el *facere*, lo mismo en el obrar que en el hacer, la regla de los actos humanos es la recta razón, pero en uno y otro caso la rectitud posee un sentido un tanto distinto, aunque con un elemento común. En el obrar o *agere* la rectitud de la razón o racionalidad se refiere al actuar del hombre como persona, al obrar que corresponde a un ser inteligente destinado a unos fines naturales: al obrar congruente

con ser persona. En el hacer o *facere*, la racionalidad se refiere al correcto operar que corresponde a la naturaleza de la realidad sobre la que se opera o en relación con la cual se actúa: a la buena técnica.

Según lo que se acaba de decir, la racionalidad de la norma jurídica supone que sea prudente siempre, y además técnicamente adecuada cuando se refiere a un hacer o *facere*. Que deba ser prudente es obvio; tan claro que desde muy antiguo la ciencia del derecho ha sido llamada prudencia del derecho o *iuris prudentia* y al arte de legislar se le ha incluido dentro de la prudencia política. No menos evidente es que una norma que atañe a un *facere* debe ser técnicamente correcta, debe asumir las reglas del arte o técnica de que se trate, y en ello consiste su racionalidad; de lo contrario no sería una regla u ordenación, sino un desorden.

Tres son los requisitos que debe poseer la norma jurídica para que tenga la índole de racional por causa de la prudencia: a) que sea conforme con la naturaleza humana; b) que esté acomodada al bien común; y c) que sea adecuada a la realidad social.

La conformidad de la norma jurídica con la naturaleza humana no es otra cosa que la conformidad con la moral y la justicia, esto es, con la ley natural y el derecho. Se trata de la más fundamental y radical racionalidad de la norma jurídica como prudente. La *recta ratio* u *óρθος λόγος*, la razón prudente, es ante todo la razón que guía el obrar humano para que sea conforme con lo debido a la persona humana en su calidad de tal, con las exigencias éticas y de justicia propias de la condición personal del hombre. La primaria y basilar rectitud de la razón –la primera y más fundamental rectitud que la prudencia imprime a la razón– es la de que el hombre actúe de acuerdo con su naturaleza, que es obrar en función de sus fines naturales o ley natural moral y también en función del reconocimiento y respeto de los derechos naturales y positivos. En esto consiste esencialmente la *recta ratio* u *óρθος λόγος* y en esto radica la *Grundnorm* o norma fundamental de toda la conducta humana. Así pues, la conformidad con la moral y la justicia es la racionalidad fundamental de la norma jurídica. Y en tanto los derechos humanos son derechos naturales, su respeto es parte de la más fundamental racionalidad de la norma jurídica.

El segundo requisito de la norma jurídica prudente es la acomodación al bien común. Esta acomodación es propia de la justicia legal y consiste en parte en que –cuando el sistema normativo está jerarquizado,

como es habitual en los sistemas jurídicos modernos, o cuando se trata de normas sometidas a la legislación, como es el caso de los actos normativos de la autonomía privada— la norma jurídica de inferior rango respeta las normas jurídicas de rango superior y se acomode a ellas. En tanto las normas son la regla de la justicia legal, la acomodación a ellas es un requisito de la razón prudente. Pero, por otra parte y más intensamente, la racionalidad postula que la norma jurídica —cualquiera que sea su rango— sea conforme al bien común de la comunidad o sociedad en cuyo seno nace. Tal acomodación es consustancial con las normas jurídicas por cuanto son esencialmente ordenaciones en función del bien común de la comunidad o sociedad para la cual se establecen. Si son contrarias al bien común, las normas aparecen esencialmente adulteradas, por cuanto se lesiona su intrínseca naturaleza. En último término, aunque puede hablarse de bien común en toda sociedad o comunidad por menor que sea, por bien común debe entenderse —por antonomasia— el propio de la comunidad política y, en su caso, de la comunidad humana total. En este sentido, toda norma jurídica debe acomodarse al bien común tomado en su más alto significado, pues las normas, o son ordenaciones en función de ese bien común —como es el caso de las leyes— o se subordinan a él, como corresponde a toda la vida social. El bien común aparece así como dimensión de la racionalidad, que mide la prudencia o la *recta ratio* de la que procede la norma jurídica.

En tercer lugar, la racionalidad de la norma jurídica como requisito de la razón prudente estriba en la adecuación de la norma a la realidad social. Es esta una de las características fundamentales de la prudencia. Si la norma jurídica es regla u *ordinatio*, estructura u organización de la realidad social, necesariamente es requisito de racionalidad que sea adecuada a la realidad social de la que pretende ser regla. Es una de las facetas del realismo en el que consiste la racionalidad. De lo contrario, no ordenará ni estructurará a la realidad social; o será inane por ser de imposible cumplimiento y desordenará y desequilibrará la realidad social. Excelentes normas en teoría pueden ser inútiles o perjudiciales, si no se corresponden con el estado real de la sociedad o de la parte de ella a la que pretenden aplicarse.

Cuando la norma jurídica asume —más o menos intensamente— aspectos de arte o técnica, la racionalidad consiste en la conformidad de la

norma con la naturaleza de las cosas. Entendemos por naturaleza en este caso la ontología –el ser de las cosas–, sean elementos filosóficamente calificables de esenciales, sean calificables de accidentales. Ello se resume en seguir las reglas del arte o técnica que corresponda en cada caso. Este requisito de la racionalidad –entendiéndola como venimos haciendo: adecuación a la realidad– es obvio. La naturaleza de las cosas es la estructura y sustancia de lo real exterior al hombre, que condiciona su hacer sobre la realidad objetiva circundante. Actuar contra la naturaleza de las cosas, sobre ser inútil las más de las veces, es siempre irracional por aberrante, contradictorio y arbitrario.

En resumen, podemos decir que la norma jurídica es racional cuando es prudente y conforme, en su caso, con el arte o la técnica que asume. Dicho con otras palabras, la norma jurídica es racional cuando es adecuada a la naturaleza del hombre, al bien común, a la realidad social y a la naturaleza de las cosas.

### *La racionalidad práctica*

La razón humana es una potencia con dos funciones intelectivas: la función especulativa y la función práctica. Por esta causa se distingue entre la razón especulativa y la razón práctica. Hablar de una doble razón no debe llevar a confusiones. No hay dos potencias racionales, sino una sola razón o potencia intelectiva –una sola inteligencia– con dos funciones o formas de conocer: la especulativa y la práctica. Por tratarse de una sola potencia, la razón especulativa y la razón práctica tienen un fondo común de operar: conocer por intuición o evidencia y, partiendo de unos primeros principios evidentes por sí mismos, por deducción o raciocinio. Pero fuera de esta estructura fundamental común, que revela la estructura fundamental de la razón, única potencia intelectiva, la forma de llegar a la verdad es peculiar en cada una de las dos funciones; porque no son idénticas la verdad especulativa y la verdad práctica.

Ambas verdades, o por mejor decir la verdad, consiste en la adecuación o conformidad del intelecto con el objeto conocido. Pero esta verdad o adecuación tiene diferente matiz según se trate de la verdad especulativa o de la verdad práctica. La adecuación al objeto en la razón

especulativa consiste en que la noción o el juicio que alcanza la razón corresponda a la realidad ontológica del objeto; así la noción «el hombre es un animal racional» es verdad, porque efectivamente el ser humano está compuesto de un cuerpo vivo de naturaleza animal y, además está dotado de la razón, potencia espiritual. El juicio «Pedro es prudente» será verdadero si efectivamente el tal Pedro es un varón prudente, etc. En cambio, la verdad práctica representa una adecuación del intelecto a la realidad de un signo un tanto distinto. En este caso el objeto es la acción humana, la cual será *verdadera* si es *recta*. ¿Qué quiere decir *recta*? La rectitud de la acción se mide por su adecuación al fin al que la acción tiende: o la perfección humana (*agere, praxis*), o la perfecta realización de un producto (*facere, poiesis*). Una acción es recta, si alcanza el fin propio de ella. Por lo tanto, la verdad práctica consiste en el seguimiento de la *recta regla* –de la norma correcta–, pues es a través de la regla correcta como la acción alcanza su fin. En otras palabras, la verdad práctica consiste, o en la virtud si se trata del *agere* –adecuación de la acción a la norma moral–, o en el arte o técnica en el caso del *facere*.

La norma jurídica no procede de la razón especulativa, sino de la razón práctica, pues es regla de la actividad humana –organización y estructura de la vida jurídica y social, que es actividad– y por ello es fruto de un arte o técnica en unos casos y siempre lo es de la prudencia. La regla jurídica, en último término, es una regla prudencial. Y su racionalidad es la racionalidad práctica o prudencial.

Al ser fruto de la razón práctica y no de la razón especulativa, no es producto de la lógica, en sentido propio. La lógica es la ciencia del correcto razonar especulativo o teórico, particularmente a través de silogismos; entendida así la lógica, la norma jurídica no es una regla lógica, obtenida por razonamientos especulativos, que versan sobre entidades universales y necesarias. La acción humana es una entidad particular y contingente que, aunque pueda involucrar entidades universales y necesarias –como el fin último, la esencia del hombre y de las cosas, etc.–, de suyo no es universal ni necesaria; por consiguiente las reglas que ordenan y miden las acciones humanas, entre ellas las normas jurídicas, no son deducibles por las reglas de la lógica, sino que son obtenidas de la realidad concreta –particular y contingente– mediante el razonamiento práctico o prudencial. De ahí que las normas jurídicas sean concretas,

contingentes e históricamente variables (dentro, esto último, de ciertos límites, por lo demás amplísimos).

A su vez, la racionalidad de la norma es ajena a una consideración racionalista de la norma jurídica. En ningún caso puede ser entendida como forma *a priori* o como forma racional sin contenido. Por el contrario, la regla jurídica se extrae de la realidad social. Tampoco puede entenderse como deducción lógica de unos principios o definiciones o definiciones mediante una cadena de razonamientos especulativos; nada de eso es lo propio de la norma jurídica. La ciencia de hacer normas jurídicas es una sabiduría práctica prudencial, que deduce la norma de las posibilidades que tiene la realidad social, según su estado y circunstancias, para dirigirse rectamente al fin; esto es, para alcanzarlo.

### *La caracterización filosófica de la norma*

Hemos visto antes la definición de la norma jurídica como *regula iuris*, como regla o estatuto del derecho. Acabamos de ver también que la norma es un acto de razón. Filosóficamente, pues, la norma jurídica aparece con un doble carácter: uno genérico propio de toda norma, que consiste en ser una *ordinatio rationis*, una regla o estructura racional de la vida social; y otro, específico, que es su relación con el derecho: *ratio iuris*.

Por lo tanto, la caracterización de la norma en el plano filosófico –distinto del científico o técnico (la ciencia jurídica construida a nivel fenoménico)– debe obtenerse a partir de dos conceptos abstraídos: regla o estructura racional y estatuto del derecho.

Como ya se habló de la norma jurídica como *regula iuris*, bastará ahora subrayar la naturaleza de la norma como regla. La norma jurídica se nos presenta filosóficamente como una estructura o regla, producto de la razón práctica. Es, pues, esencialmente, una *ordinatio rationis*, como escribió Tomás de Aquino. La descripción de la norma como *ordinatio rationis*, regla o estructura de la razón práctica, nos ofrece, pues, la más adecuada caracterización filosófica de la norma jurídica en cuanto que es regla.

Esta caracterización expresa la esencia de la norma jurídica en cuanto regla; por lo tanto, no puede considerarse verdadera norma jurídica



aquella que no realiza esa esencia, por no ser racional o por constituir un desorden. Para que la norma sea válida, esto es, verdadera norma jurídica, no basta que tenga la apariencia o forma exterior (*el fenómeno*) de una norma jurídica; es preciso que sea una *ordinatio rationis*, una regla que ordene y sea racional. Una norma que desordene la vida social –por injusta, inmoral o inadecuada a la realidad–, no es una norma válida o vinculante. Si no es racional, si es contraria a la *recta ratio* –lo que equivale al desorden– y solo producto de una voluntad arbitraria, tampoco realiza la esencia de la norma y, en consecuencia, no puede considerarse válida. Si la norma no es *ordinatio rationis*, constituye un elemento espurio del sistema jurídico.

Ello nos pone en relación con el tema de la norma irracional, del que hablaremos a continuación.

### *La norma irracional*

Hemos dicho que la *rationabilitas* o racionalidad es una dimensión esencial de la norma jurídica y se ha expuesto en qué consiste tal racionalidad. Interesa ahora, para evitar equívocos, dejar establecido cuándo una norma jurídica es irracional. Esta precaución, además de venir exigida por el tratamiento completo del tema, es postulada por el oscurecimiento que modernamente ha sufrido la *rationabilitas* de la norma jurídica en la ciencia del derecho, como consecuencia de la prevalencia del voluntarismo positivista.

En primer lugar debe quedar claramente establecido cuándo una norma, que puede presentar aspectos criticables, no es, por ello, irracional. Una norma jurídica no es irracional porque sea defectuosa, discutible o insuficiente en razón del fin.

a) De acuerdo con las posibilidades y el estado de la realidad social una norma puede no ser la mejor o presentar defectos. Ahora bien, la norma jurídica debe ser racional, prudente, pero la razón prudente no siempre es perfecta; como razón humana que es, puede presentar imperfecciones. Igual que el arte o la técnica: una pintura más o menos imperfecta, no deja de ser una pintura, e incluso puede ser un buen cuadro; no todos los pintores son Velázquez o Van Gogh. Así también, una norma

jurídica puede presentar oscuridades, ambigüedades e incluso desaciertos; en tal caso, el intérprete de la norma debe procurar salvar en lo posible esos defectos, pero la norma no se puede entender como irracional.

b) Una norma jurídica, en tanto supone una elección o preferencia por parte de su autor puede ser discutible y se puede opinar que otra norma distinta –otra opción– sea mejor. Aunque la opción de la norma jurídica no sea –o no se crea– la mejor, no por eso la norma se convierte en irracional. Puede ser una opción razonable sin ser la mejor. Y aunque claramente presente más inconvenientes que otras opciones, prevalece la potestad o el derecho del autor de la norma.

c) Tampoco es irracional una norma jurídica por presentar insuficiencias respecto del fin, con tal de que esté en el orden del fin. Si, por ejemplo, una norma jurídica que establece el salario mínimo señala una cantidad todavía insuficiente para las necesidades del asalariado, no por ello es irracional, si en función del estado de la economía –del bien común– puede considerarse que no impide que se tienda a alcanzar la suficiencia, antes bien, tiende a paliarla, es decir, tiende a alcanzar el fin, aunque todavía no lo obtenga satisfactoriamente.

Una norma jurídica es irracional cuando es *contraria* a la racionalidad, esto es, si contradice aquellos criterios por virtud de los cuales la norma es racional. Así pues, lo que hace irracional a una norma jurídica es su *contrariedad* a la realidad, cuando no es razonable. Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, la norma es irracional si es arbitraria, no adecuada a la realidad, en los términos ya explicados. En otras palabras, es irracional la norma que es *torpe, perniciosa e imperita*.

a) En primer lugar, una norma jurídica es irracional cuando es torpe, calificativo con el cual queremos señalar la norma que es contraria a la naturaleza del hombre, al bien común y al derecho (natural o positivo): cuando es inmoral o injusta.

Ya se ha dicho que la más fundamental racionalidad de la norma reside en su adecuación a la moral y al derecho; por lo tanto, la norma que contradice la moral y la justicia es la norma más radicalmente irracional.

b) Si una norma alcanza aquel grado de inadecuación a la realidad social que la torna *perniciosa*, tiene también la tacha de irracionalidad. Es, en definitiva, una forma de ir contra el bien común. La irracionali-

dad, en este caso, proviene de la incapacidad de la norma jurídica para cumplir con su función de ordenación o estructura. Por radicalmente inadecuada, en lugar de favorecer el orden de la sociedad y el bien común, los contradice, con lo que contradice la esencia de la norma.

c) Por norma *imperita* se entiende aquella que, debiendo asumir reglas propias de un arte o técnica, contiene de hecho reglas técnicas tan distorsionadas, que son contrarias a la naturaleza de las cosas. O dicho de otro modo, contiene reglas que imposibilitan realizar aquella obra que se pretender alcanzar. Es la norma necia, *stulta*, que de seguirse lleva a resultados técnicamente desastrosos.

Es común a toda norma jurídica irracional su índole de norma corrupta, esto es, de no ser verdadera norma por carecer de carácter vinculante: no genera obligación. Ya desde la Antigüedad toda la doctrina que enlaza la norma jurídica con la *recta ratio* ha puesto de manifiesto que una norma irracional es esencialmente corrupta y, por lo tanto, no es propiamente norma: no hay deber jurídico de obedecerla ni de aplicarla. Recordemos que para el autor del diálogo *Minos* no es razonable tener como verdadera ley a la ley dañosa e injusta, que destruye la *pólis*; y que para Cicerón la ley perversa o injusta no merece el nombre de ley más de lo que puede merecerlo el acuerdo de unos bandidos. Famosos se han hecho dos dichos de Tomás de Aquino, que son paradigmáticos: «La ley humana tiene razón de ley solo en cuanto se ajusta a la recta razón (...) Pero en cuanto se aparta de la recta razón es ley inicua; y así no tiene carácter de ley, sino más bien de violencia (*non habet rationem legis, sed magis violentiae*). La ley humana, «si en algo no es acorde con la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley (*non erit lex sed legis corruptio*)».

La afirmación de que la norma irracional es una norma corrupta no significa otra cosa sino que le falta un elemento esencial para ser verdadera norma; aunque tenga la apariencia —el *fenómeno*— de la norma, carece de un factor esencial, por lo cual no es norma, es decir, está desprovista de fuerza vinculante u obligatoria: no hace surgir el deber de obediencia e incluso, en casos límite (cuando atenta directamente contra los mandatos y prohibiciones de la ley natural o contra los derechos más fundamentales de la persona humana), engendra el deber positivo de desobediencia y resistencia no solo en el plano moral, sino también en el plano jurídico.

Las razones de la tesis de que la norma irracional no es norma ya se han puesto de relieve antes. La racionalidad es una *dimensión esencial* de la norma, como producto que es de la *recta ratio*. La razón está esencialmente medida por la realidad, de la que es núcleo central la realidad humana, la cual en su base es la naturaleza del hombre. Por lo tanto, la norma irracional es una norma irreal, desmesurada y desmedida, no medida por la realidad, por lo que es un acto espurio de la razón, una razón o velada por la ignorancia y la impericia o distorsionada por una voluntad arbitraria. La norma irracional es fruto de una razón pervertida y, en consecuencia, es una norma corrupta: le falta un elemento esencial.

Ya decíamos que la obligación de obedecer la norma tiene su origen en la *situación jurídica* de imperio o de facultad de compromiso (o pacto vinculante), no es una posición de fuerza o imposición. El sistema jurídico es el sistema racional –fundado en la libertad– de las relaciones humanas, por lo cual un factor irracional no puede generar un deber jurídico. Sin racionalidad no hay norma.

Cuando se dice que la norma irracional es una norma corrupta no vinculante, se quiere decir que es *nula* o *inválida* (no *inexistente*, pues existe una apariencia de norma) en el plano jurídico. No se trata de una falta de deber moral o de conciencia de obedecer la norma, sino una ausencia de vinculación jurídica. La norma irracional es un elemento espurio del sistema jurídico, que debe encontrar en el propio sistema jurídico su declaración de nulidad. Ni el juez, ni cualquier otro jurista, ni los particulares están obligados *jurídicamente* –racionalmente– a obedecer y aplicar la norma. Pueden estar obligados *coactivamente*, por la fuerza, a ello, pero tal fuerza coactiva irracional no es otra cosa que *violencia institucional*, como ya lo escribiera hace siglos el Aquinate: no es *ius*, es *violentia et iniuria*.

Cualquier forma de voluntarismo extremado –en suma, toda forma de positivismo–, sin excluir el naciente postpositivismo, incapaz de superar el positivismo– resulta inhábil para resolver la cuestión de la violencia institucional –que es una realidad constante en la historia humana–; por el contrario, es ciego ante ella por cuanto otorga a la violencia institucional el estatuto de derecho, equiparando la norma racional a la irracional y situando en la fuerza o en la imposición el vigor vinculante de la norma. Con ello atenta contra la libertad humana, cuya esencia

consiste en la libertad frente a la fuerza, sin otra vinculación –de orden moral, no físico– que la regla de la recta razón. Por eso, solo la tesis de la racionalidad de la norma conjuga armónicamente la libertad del hombre con el deber de obediencia y con la capacidad de compromiso.

En lo que a la filosofía del derecho interesa, lo decisivo es que la norma irracional es nula jurídicamente, esto es, en relación con el sistema jurídico. Esto significa que el propio sistema jurídico tiene de suyo elementos suficientes para la declaración de nulidad y que, ante una norma irracional, lo primero que debe hacerse es agotar los recursos del propio ordenamiento jurídico y, en su caso, del ordenamiento jurídico internacional, para que dicha declaración se efectúe.

Recursos jurídicos para la declaración de nulidad son, entre otros, el recurso de inconstitucionalidad, los recursos administrativos, el proceso ordinario, el recurso a los tribunales supranacionales de garantía de los derechos fundamentales, etc. Respecto de los pactos, todos los ordenamientos jurídicos suelen contener previsiones para que aquellos que tengan cláusulas irracionales sean tenidos por nulos, al menos en lo que a esas cláusulas se refiere.

En todo caso, corresponde al poder judicial el control de la racionalidad de la norma. Por razón de su misma función de control del poder legislativo, de la actividad de la Administración y de la actividad de los particulares, al poder judicial corresponde la facultad de declarar nula la norma irracional, tanto por contrariedad al derecho positivo como por contrariedad al derecho natural y a la moral o por su condición de perniciosa o imperita. Si el poder judicial no asume esta función satisfactoriamente, no es porque de suyo carezca de facultades, sino o por una deficiente comprensión de sus funciones o por una conducta injusta.

Sobre todo en un Estado de derecho no ha de olvidarse que el poder judicial es independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo y que su misión no puede ceñirse a una mera aplicación de la ley, sino que propiamente su función es de control de juridicidad –y no solo de legalidad– de los actos de los otros poderes y de los ciudadanos. Por lo tanto, corresponde a los jueces la declaración de nulidad de la norma irracional.

Siendo la norma irracional una norma nula y no inexistente, a toda norma sospechosa de irracionalidad hay que aplicarle la presunción de racionalidad, de modo que la irracionalidad debe probarse, según los

modos normales de prueba admitidos en el ordenamiento jurídico. En principio, la presunción está a favor de la validez de la norma del poder o del pacto de la autonomía privada. En consecuencia, siempre que se plantea la cuestión de la irracionalidad de la norma hay que estar a las resultas de la decisión judicial.

Sin embargo, hay casos en los que el ordenamiento jurídico no admite recursos suficientes o por imperfección o por injusticia (en última instancia, porque el poder judicial no asume o es incapaz de asumir plenamente su función de control). En tales supuestos, si la irracionalidad de la norma es notoria –por ejemplo, si lesiona directamente los derechos fundamentales de la persona– cabe recurrir a medios extrajurídicos, políticos y sociales, como la resistencia pasiva, la resistencia activa, la desobediencia, etc. Tal postura no solo es moralmente lícita, sino también jurídicamente correcta, es decir, es justa, siendo injusta –opresión, violencia– la imposición de la norma irracional y la represión de dichos medios.

Contra la tesis de que la norma irracional es nula, los positivistas suelen aducir que, de admitirse, se quebrantarían los principios de seguridad y de certeza, tan importantes en la vida jurídica. A ello hay que responder dos cosas. Primera, que los principios citados no son absolutos, ni se ve qué utilidad pueden tener la seguridad y certeza de que se aplicará una norma irracional; cuanto menos cierto y menos seguro sea que se aplicará una norma irracional, más racional y justo será un ordenamiento. Segunda, que la tesis de la nulidad de la norma irracional es concorde con los citados principios y no los contradice. Por hablar de la norma nula y no inexistente, la tesis de referencia postula la presunción de racionalidad y el recurso a la declaración judicial, lo cual es plenamente congruente con los principios de seguridad y certeza; más no piden estos dos principios. En cuanto a que, en los casos límite, sea justo recurrir a los medios sociales extrajurídicos, lo único que indica esto es que la racionalidad es un principio superior, el más esencial al derecho.

### *La norma injusta*

La norma injusta es un caso de norma irracional, por lo cual a ella se aplicará cuanto se ha dicho de aquella. Parece, sin embargo, oportuno añá-

dir algunas consideraciones, sobre todo dirigidas a tipificar correctamente la norma injusta, dado el estado de confusión que existe acerca de la injusticia y lo injusto, como se puso de relieve en las páginas anteriores.

Una norma es injusta si causa la lesión de un derecho, esto es, cuando establece lo injusto: legal, conmutativo o distributivo. No es, pues, injusta una norma porque contradiga valores –estimaciones subjetivas–, ideas o ideales políticos y sociales, etc.–, sino porque contradice el derecho de una o más personas, o porque es disconforme con una norma superior (justicia legal). En síntesis puede decirse que una norma es injusta cuando viola el derecho natural o positivo. Así, en un sistema de jerarquía de normas es injusta la ley contraria a la constitución, o la norma administrativa contraria a la ley ordinaria. Así también una norma es injusta si lesiona los derechos adquiridos o viola los derechos fundamentales de la persona humana.

Lo más importante es poner de relieve que la norma injusta no es una realidad nebulosa, incierta o emotiva. Ya se ha dicho repetidamente que la injusticia y lo injusto son realidades precisas y concretas, como preciso, determinado y concreto es el derecho. Por ejemplo, que una norma sea inconstitucional –lo que equivale a injusta– no es cosa de emoción, ni de suyo lo es de incertidumbre. Es verdad que a veces la existencia de un derecho o la interpretación de una norma puede ser discutible, pero esto está dentro de la normalidad de la vida del foro y para resolver las controversias y dudas están los jueces. La norma injusta no es un caso especial.

La norma injusta es aquella que contiene reglas contra ley o contra derecho. En otras palabras, la norma injusta establece lo injusto o lesión del derecho; procede, pues, de una injusticia y su objeto es lo injusto. Es obvio, por lo tanto, que la norma injusta no es derecho. Si, por analogía, llamamos derecho a la norma, podemos afirmar que el derecho injusto no es derecho. En efecto, la norma jurídica es esencialmente la *ratio iuris*, la regla del derecho. Pero una norma injusta no es una *ratio iuris*, por cuanto el *ius* es lo justo y la norma injusta es norma de lo injusto, del contraderecho o entuerto; la norma injusta es una *ratio iniuriae*, lo que comporta que sea una norma esencialmente corrupta.

Pretender que la norma injusta es injusta pero verdadera norma (derecho injusto), constituye una *contradictio in terminis*. Solo confundiendo la norma con su fenómeno –su apariencia– y entendiendo el or-

denamiento jurídico como un sistema de imposición de una voluntad arbitraria, se puede llegar a afirmar que el derecho injusto es derecho. Pero esto supone, por una parte, confundir la cáscara con el huevo (fenómeno con la realidad total) y, por otra, subvertir la verdadera noción de orden jurídico, que es el sistema racional de las relaciones humanas.

También por una concepción meramente lingüística del derecho se puede llegar a tener como verdadero derecho a la norma injusta, aunque en este caso lo que ocurre es más bien que resulta borrada la justicia o injusticia de la norma, pues el lenguaje es común a la norma justa y a la injusta. Mas ya hemos dicho que tal concepción confunde la norma con su signo oral y escrito. El ordenamiento jurídico no es un sistema de lenguaje, sino un sistema de relaciones de derecho (cosas atribuidas y debidas) y de estructura de la realidad social. El lenguaje es solo un signo comunicativo, no el ordenamiento jurídico. Para conocer el ordenamiento jurídico no es suficiente analizar el lenguaje, el signo; hay que ir a lo significado.

Detectar una norma injusta no ofrece mayores dificultades que detectar la ley vigente o el derecho en vigor. Lo injusto se conoce con relación al derecho; allí donde hay un derecho lesionado, allí está lo injusto. Por ello, se detecta una norma injusta en relación con la norma superior vigente o con los derechos de las personas, sean positivos o naturales.

La determinación de la norma injusta cae dentro de la actividad habitual de los juristas –entre ellos, los jueces– según su oficio de discernir lo justo de lo injusto, por lo cual hay que afirmar que es función de los jueces declarar nula la norma injusta en los términos antes indicados, es decir, a través de los procesos de inconstitucionalidad, contencioso-administrativo, ordinario, etc. Así, por ejemplo, declarar inconstitucional una norma equivale a declararla injusta (por contravención de la justicia legal o violación de los derechos fundamentales), anular una norma administrativa por lesionar derechos adquiridos equivale a lo mismo, etc.

Lo importante es advertir que la constatación de la injusticia de una norma no plantea mayores problemas que la determinación de los derechos de una persona (lo justo conmutativo o distributivo) y la correcta interpretación de la norma superior (lo justo legal).

La correcta captación de lo que es una norma injusta –con relación a conocer con precisión qué sean la justicia y la injusticia– tiene particular



relevancia en orden a interpretar rectamente preceptos importantes en un ordenamiento jurídico. Así, cuando el párrafo 1 de la Constitución española de 1978 establece como valores superiores del «ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», la invocación a la justicia es algo mucho más relevante que un reenvío a un principio vago, inconcreto o emotivo. Significa que el respeto y la satisfacción de los derechos de las personas y el cumplimiento de la ley constituyen bases fundamentales del ordenamiento jurídico español. En su sentido pleno, implica que el respeto al derecho natural y al derecho positivo constituye un principio informador, de rango constitucional, del orden jurídico español. Lo cual entraña que toda actuación de gobierno o ciudadanos contra los derechos fundamentales de la persona humana –los derechos humanos– es inconstitucional.

El valor superior de la justicia supone que las estructuras injustas –las que lesionan los derechos de las personas– no gozan de ninguna protección por parte de la Constitución ni por parte del resto del ordenamiento jurídico. Esto lleva consigo que esté en manos de los jueces declarar inconstitucional y antijurídica cualquier acción de gobierno o de los ciudadanos que pretenda establecer o consolidar estructuras injustas. Si el poder judicial permite tales estructuras, es por incompetencia –a la que tanto contribuyen los filósofos del derecho y los juristas que confunden la justicia con los valores, ideales o formas *a priori*– o por injusticia.

### *El autor de la norma*

Expuesta la esencia de la norma jurídica –*ratio iuris*, regla o estatuto del derecho–, debemos tocar –aunque ya hemos aludido a él– el tema de la autoría de la norma: ¿quién es su autor?

Identificada por tantos autores la norma jurídica con la ley o norma establecida por el poder público, la respuesta habitual a la pregunta hecha establece la correspondiente identificación entre el autor de la norma y el poder público. El autor de la norma es el poder público; la norma es la manifestación habitual de la voluntad del poder. Esta respuesta, con ser la habitual, no puede aceptarse una vez que hemos visto que la norma jurídica no se identifica con el antiguo concepto de *leges* o leyes, ni con el moderno concepto *político* de norma de conducta (normas por las que

el poder regula la vida social). Si la norma jurídica es la regla del derecho —causa y medida suya—, en línea de principio puede ser autor de la norma todo sujeto u órgano, individual o colectivo, capaz de originar un derecho y regularlo. Aquello que debe poseer un sujeto para que pueda ser autor de la norma jurídica es la facultad de atribuir las cosas constitutivas de derecho y de configurar la medida de esa atribución. En definitiva, autor de la norma es todo sujeto capaz de crear, extinguir, modificar y regular derechos.

Pero cabe preguntarse si tal capacidad la tiene solamente el poder público en relación con los gobernados. Si diésemos una respuesta afirmativa a esta pregunta, la conclusión sería la misma que la habitual, aunque tuviese un matiz diferente, pues se referiría a la facultad de crear y regular derechos.

Pues bien, la experiencia jurídica —y a ello nos hemos referido ya— desmiente que la regla de derecho o norma jurídica sea, en su esencialidad, un producto del poder actuando con superioridad dentro de la relación poder-súbdito. Es obvio el ejemplo de los tratados internacionales, que reconocen, crean, modifican, extinguen y regulan relaciones jurídicas y son pactos entre Estados iguales, no producto de un poder superior, sino del consenso entre poderes iguales. Asimismo, el negocio jurídico, como acto de un particular (v. gr., testamento) o como pacto entre privados (contrato o convenio), es capaz de dictar reglas de derecho, las cuales, aunque necesiten del reconocimiento del ordenamiento jurídico, no son imputables al poder público como autor, sino a los sujetos. La facultad de las asociaciones, corporaciones —de derecho público o privado—, empresas y otros cuerpos sociales de darse sus propios estatutos, que contienen verdaderas reglas de derecho, son otro ejemplo. Veamos algo más de este punto, distinguiendo las dos funciones de la norma.

Causar un derecho es un efecto propio de la capacidad de atribución o disposición que se posee sobre la cosa —corporal o incorporeal—, sea el dominio directo, sea el llamado *dominium eminens* (dominio superior de atribución o disposición sobre las cosas que son objeto de dominio directo). Esta capacidad de atribución o disposición corresponde en parte —según la legalidad vigente en cada ordenamiento jurídico— a los gobernantes y, en este sentido, se puede decir que corresponde al poder público, salvo en el ámbito de las prestaciones personalísimas, que competen

al exclusivo dominio de las personas. Pero dicha capacidad de atribución o disposición corresponde también a los distintos titulares de una serie de derechos, los cuales pueden causar el derecho de diversas maneras. La autoría de la norma jurídica, en cuanto es causa del derecho, pertenece de suyo y esencialmente al dominio, tanto directo como eminente, y, en consecuencia no es privativa del poder público.

En cuanto que es medida o regulación del derecho, la autoría de la norma jurídica requiere una función ordenadora y directiva. Tal función corresponde sin duda al poder público, de gobierno, pues el gobierno es sobre todo función de ordenación y dirección. Mas no es menos cierto que dicha función es propia también de la autonomía privada en la esfera de su competencia. Tanto las personas singulares, por las atribuciones que se incluyen en los derechos de los que son titulares, como los entes colectivos o morales, por la función de dirección y organización que les es inherente, pueden gozar de facultad ordenadora y directiva que incluya regular derechos. En consecuencia, también la autonomía privada puede regular derechos.

Ciertamente la norma jurídica es una norma *obligatoria*, o sea, *vinculante*. Este carácter procede de la fuerza generadora de obligación que es propia del acto jurídico del que proviene la norma jurídica. En todos los casos, con matices distintos, el acto jurídico, por proceder del dominio —eminente o directo— sobre la cosa o de un poder o facultad ordenadores con fuerza de obligar, da origen a una obligación de cumplir la norma jurídica. El cumplimiento de la norma es debido con deuda en sentido estricto: es un deber de justicia.

Así pues, toda norma jurídica o regla de derechos es obligatoria y vinculante, mas no siempre es imperativa, si por tal entendemos que procede del *imperium* del poder público.

### *Los momentos del derecho*

El autor de la norma la establece, según se vio, a través de actos jurídicos. A estos actos jurídicos se les ha llamado frecuentemente *fuentes del derecho*; pero como esta terminología, debido a sus diversos usos, ha acabado por resultar polémica y equívoca, preferimos llamar a dichos

actos los *momentos del derecho*. Por tales entendemos aquellos factores que imprimen dinamismo a la realidad jurídica.

Visto así, el ordenamiento jurídico resulta ser una realidad, a la vez, compleja y dinámica, constituida por los *momentos* y los *elementos*. Los momentos del derecho son los factores de dinamicidad, de regulación y de cambio, a través de los cuales las relaciones jurídicas se regulan, nacen, se modifican y se extinguen.

Los elementos del derecho son los factores constitutivos del ordenamiento jurídico, contemplados en su estaticidad: los sujetos relacionados por el derecho, esto es, las relaciones jurídicas. Sin entrar en su estudio digamos simplemente que la relación jurídica comprende: a) los sujetos en posición distinta y complementaria respecto del derecho (acreedor-deudor); b) el vínculo jurídico que los une y relaciona; c) el contenido, o conjunto de situaciones jurídicas que derivan del vínculo (derechos subjetivos, facultades, funciones, poderes); y d) el principio organizador o finalidad de la relación en función del cual el contenido existe y se desarrolla.

## VI. EL DERECHO NATURAL

### *Introducción*

Desde los albores del pensamiento filosófico en Grecia y desde que los romanos consiguieron hacer del oficio del jurista un arte o ciencia, se ha dividido el derecho en derecho natural y derecho positivo. Dos clases o tipos de derecho, admitidos hasta hoy, con la importante y extendida excepción del positivismo jurídico que, desde finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, redujo todo derecho al positivo. Con ello, el positivismo cuestionó la existencia del derecho natural, sin que en ningún momento haya conseguido imponer definitivamente sus tesis, a pesar de la virulencia que a veces adoptó y pese a que en varios períodos de su relativamente corta historia tuvo –y sigue teniendo– una apreciable extensión, de modo que en ciertas etapas los positivistas han sido una abrumadora mayoría. Pese a ello, a nuestro juicio, el positivismo es una dolencia de la ciencia jurídica –y de la filosofía del derecho– una distorsión del pensamiento jurídico, cuyo origen es Kant y cuyas raíces son el abandono de la metafísica y el inmanentismo tan presentes en ciertas corrientes culturales y filosóficas de los últimos dos siglos. Sin olvidar que, aunque no sean su causa fundamental, no poco contribuyeron al positivismo los graves excesos y notorios errores de la Escuela moderna del Derecho Natural –el llamado iusnaturalismo moderno o simplemente iusnaturalismo– que tuvo su principal asiento en Europa central.

Por todo ello, la distinción entre derecho natural y derecho positivo, la existencia del derecho natural y las características particulares de cada una de estas clases o tipos de derecho han pasado a ser un tópico de la filosofía jurídica, tema irreemplazable e imprescindible de todo sistema filosófico sobre el derecho. Es más, la cuestión del derecho natural, tras los embates y negaciones del positivismo jurídico, constituye uno de los temas clave de la filosofía jurídica. Si no es el más decisivo, sí supone uno de los más importantes, de modo que un sistema de filosofía del derecho que prescindiese de tratar de él, sin ocuparse de la cuestión, gozaría de muy escasa credibilidad.

Es preciso tener en cuenta que aspectos muy importantes de la interpretación del derecho y de la forma de entender el derecho dependen de la actitud que se adopte ante el derecho natural. A su vez, esa actitud es tributaria de las bases filosóficas –la comprensión de la realidad humana– de las que se parte. Desde el inmanentismo fácilmente se llega al rechazo del derecho natural y resulta prácticamente imposible admitirlo a partir de la negación de la metafísica, por más que no hayan faltado autores que se hayan inclinado por un iusnaturalismo fenomenológico.

Esta dependencia de la cuestión del derecho natural respecto de las bases filosóficas no quiere decir, sin embargo, que la afirmación del derecho natural sea consecuencia de un sistema filosófico.

No es así. A la existencia del derecho natural se llega desde una experiencia general de la humanidad (v. gr., el homicidio no es una injusticia porque esté castigado en el Código Penal, sino al revés) y consecuentemente ha sido una convicción de los juristas –de muy distintas escuelas– desde los orígenes conocidos, y hasta el siglo XIX lo fue de los filósofos de las más diversas tendencias. No es, pues, el derecho natural el corolario o consecuencia de un sistema particular de filosofía, sino un *dato* que aparece ante la conciencia jurídica de la humanidad, constatado por los juristas e interpretado por los filósofos, de modo que los positivistas no pueden negar el dato, simplemente lo catalogan como dato metajurídico y lo interpretan de diversas maneras.

El derecho natural ha recibido, a lo largo de la historia, distintas interpretaciones filosóficas. Cada sistema filosófico lleva consigo una particular interpretación de la realidad, especialmente de todo aquello que constituye su núcleo más radical y fundamental: el modo y extensión del

conocimiento humano, el sentido de la vida humana, el constitutivo último de los seres, Dios, etc. La variedad de sistemas filosóficos es un hecho bien conocido. El derecho natural, como realidad humana muy básica –radica en lo más nuclear de la persona humana–, no ha escapado a esta variedad de explicaciones, fruto de las distintas corrientes de pensamiento. Por eso hay que saber distinguir entre el derecho natural como tal –un dato de la realidad humana– y las teorías que sobre él se han construido. El derecho natural no es una teoría, es un dato respecto del cual se han ofrecido teorías diversas. Esta diversidad de explicaciones ha llevado a algunos a mostrarse escépticos acerca de la realidad misma del derecho natural. Puesto que hay explicaciones diversas acerca de él –vienen a decir– resulta ser una realidad no fiablemente cognoscible y, en consecuencia, puede darse por inexistente. Hay que convenir en que esta postura no es razonable; sería tanto como negar la existencia del hombre, porque de él se han dado explicaciones tan contrarias como la escolástica-cristiana y la marxista, o tan dispares como la sofista, la estoica, la kantiana o la existencialista. El argumento carece de base razonable, pues la diversidad de teorías explicativas de una realidad nada dice acerca de su existencia. Una cosa es el derecho natural y otra distinta las teorías acerca de su existencia.

Las páginas que siguen intentan dar una visión de conjunto (sin entrar en cuestiones particulares o de detalle) del derecho natural, según entendemos que corresponde a la filosofía del derecho, prescindiendo de lo propio de la *parte general de la ciencia del derecho natural* –disciplina distinta de la filosofía jurídica–, de lo cual ya hemos tratado en otro libro. Nos limitaremos, como es habitual en estas páginas, a exponer la teoría del derecho natural, según el realismo jurídico clásico.

### *El derecho natural, ¿sistema o núcleo?*

Ante todo es necesario, al entrar en la exposición del derecho natural, hacer una precisión terminológica. Ya se vieron antes las distintas acepciones de la palabra «derecho» –norma jurídica, derecho de la persona, sistema jurídico, etc.– Por eso, si bien el derecho natural en sentido propio y estricto es lo justo natural –o cosa adecuada al hombre por naturaleza–, el término «derecho natural» también se utiliza en los sentidos análogos

antes expuestos. A lo largo de estas páginas utilizaremos la expresión «derecho natural» en esos diversos sentidos, unos más amplios –que abarcan todo lo que recibe el nombre de derecho natural (lo justo, norma, etc.)– otros más particularizados. De momento advertimos que utilizamos en este apartado la expresión en su sentido más amplio; después el lector sabrá comprender por el contexto el sentido que, en cada caso, tiene el término «derecho natural».

La primera idea que, a nuestro juicio, requiere una correcta comprensión del derecho natural es que este no es un sistema jurídico, orden u ordenamiento jurídico que subsista separado y paralelamente al derecho positivo, que sería otro sistema jurídico: el derecho natural no es un sistema jurídico, sino el núcleo básico, primario y fundamental de cada sistema de derecho u ordenamiento jurídico. En este sentido, con relación a cada contexto social no existen dos sistemas de derecho, el ordenamiento jurídico natural y el ordenamiento jurídico positivo, sino que el sistema jurídico es *único*, un sistema jurídico unitario o constituido por el derecho natural y el derecho positivo, o dicho con más precisión, formado por factores jurídicos naturales y factores jurídicos positivos.

Tanto la doctrina clásica como el moderno objetivismo jurídico –pese a dar al término «derecho natural» sentidos muy distintos y en parte contrarios– coinciden de algún modo en este punto que acabamos de enunciar: el derecho natural es un factor vinculado al ordenamiento jurídico vigente, que o bien forma una unidad con el derecho positivo o bien es un elemento interpretativo suyo.

Sin embargo, no siempre ha sido así a lo largo de la historia y todavía hay iusnaturalistas que entienden que el derecho natural y el derecho positivo son dos órdenes distintos e incluso separados.

Ya en la Antigüedad las sofistas enseñaron la distinción y contraposición entre *physis* y *nómos*, entre lo justo natural y las leyes propias de la *pólis*. Frente al orden establecido (leyes de la ciudad, sus usos, sus costumbres, etc.), producto de la sociedad y sus tradiciones, se alzaría la naturaleza (*physis*) –en cierto sentido distorsionada y aherrojada por el orden establecido (*nómos*)– con un orden natural (la fuerza, el poder, etc.) destinado a destruir y cambiar el orden establecido. Esta distinción y aun contraposición se pierde con los sofistas y propiamente solo renace –con signo diferente– hasta los tiempos modernos.



La concepción moderna del derecho natural y del derecho positivo como dos órdenes o sistemas jurídicos, completos y paralelos, es propia del *iusnaturalismo* o iusnaturalismo moderno, también llamado Escuela moderna del Derecho Natural. Para el iusnaturalismo moderno, precursor de la Revolución francesa e imbuido de las ideas racionalistas, el sistema jurídico heredado entonces vigente –de raíces medievales– constituiría el orden jurídico –oscurantista y retrógrado– del Antiguo Régimen, que debería ser sustituido por el sistema jurídico de normas *naturales* o derecho natural, entendiendo por tal el sistema jurídico deducido de las luces de la razón, según se entendía esta expresión en aquella época. Nació así la idea de los dos sistemas u órdenes jurídicos paralelos y coexistentes: el derecho natural o sistema jurídico deducido de la razón y el derecho positivo o legislación vigente. Dos sistemas jurídicos, destinado el uno a ser ejemplar del otro (que debería ser reformado), cada uno con su obligatoriedad propia y sus peculiares formas de aplicación. Con ello, el derecho natural quedaba separado de la vida del foro y del sistema de garantías que serían solo propias del derecho positivo –lo contrario de lo típico de la doctrina clásica–, y reducido a un conjunto de normas morales más que jurídicas. De hecho, el iusnaturalismo moderno, de modo implícito o explícito, convirtió con frecuencia –hay excepciones– el derecho natural en moral y la ciencia del derecho natural en filosofía moral. Desaparecido el iusnaturalismo moderno con los albores del siglo XIX, especialmente por el influjo de Kant y de otras corrientes como la Escuela histórica, la tesis de los dos órdenes jurídicos desapareció en gran parte de la doctrina.

Sin embargo, pese a su incongruencia con la doctrina clásica, adoptada por Tomás de Aquino, la tesis de los dos sistemas de normas –natural y positivo– se encuentra también con bastante frecuencia entre los neoescolásticos, quienes, si bien toman muchos elementos de la doctrina tomista, se separan en esto de la doctrina clásica y, por lo tanto, del Aquinate. Entendiendo estos autores que el derecho natural no es un aspecto –el aspecto jurídico– de la ley natural, sino la misma ley natural, y siendo la ley natural un sistema de normas morales y éticas, el derecho natural constituye para ellos un sistema u orden de conductas personales y sociales, distinto del derecho positivo: la ética social en lo que atañe a la sociedad. Aun en aquellos neoescolásticos que no confunden el derecho

natural con la moral y lo entienden como verdadero derecho, es corriente seguir encontrando la idea de los dos sistemas jurídicos.

La tesis de los dos sistemas jurídicos no es correcta. Aparte de que en la mayoría de los casos el derecho natural termina siendo entendido como norma moral o ética y despojado de su índole de verdadero derecho, no es posible que en un mismo contexto social confluyan –al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto– más de un sistema jurídico. Supongamos el caso de las normas: si sobre una relación jurídica recayesen dos normas, o el contenido de ellas es el mismo o es distinto; si es el mismo, la norma es una y la duplicidad de fuentes supone la inutilidad de una de ellas; y si es distinto, entonces o las dos normas se anulan mutuamente y constituyen un supuesto de irracionalidad, o una de ellas prevalece, siendo la otra inválida o ineficaz. Del mismo modo, los derechos solo pueden tener un fundamento y un título y las relaciones jurídicas nunca son ni pueden ser dúplices. En cada contexto social solamente puede haber un orden o sistema jurídico.

Ni el derecho natural ni el derecho positivo son por sí solos sistemas jurídicos completos. En cada contexto social dotado de un sistema jurídico, este forma una unidad –compleja, con elementos varios, pero unidad– que en parte es natural y en parte es positivo.

¿Qué es entonces el derecho natural? El derecho natural es el *núcleo de juridicidad natural*, que está en la base y en el fundamento de todo el sistema jurídico: la parte natural del sistema jurídico. Ya hemos dicho que el derecho es en su mayor parte una construcción cultural del hombre en sociedad y a esa dimensión cultural la hemos llamado derecho positivo. Pero hemos dicho también que ningún hecho cultural es posible sin un dato natural. El hecho cultural del derecho es imposible sin un núcleo jurídico natural. Ese núcleo jurídico natural es el derecho natural.

Por lo tanto, en la base y en el fundamento de todo sistema jurídico hay un núcleo jurídico que no procede de la invención, del poder o de la decisión humanos, sino que es inherente al hombre. Y eso, y no otra cosa, es el derecho natural, el cual, por lo dicho, es *verdadero derecho*, el núcleo natural del derecho vigente.

Visto el derecho natural como el núcleo de juridicidad natural que posibilita la existencia misma del derecho positivo –lo natural que hace posible el fenómeno cultural– se advierte inmediatamente la que en otro

lugar he llamado la *aporía positivista*: si no existe el derecho natural, no existe el derecho positivo y si existe el derecho positivo, necesariamente existe el derecho natural. Lo cual se deduce claramente de la relación entre naturaleza y cultura. Sin una base natural es imposible el hecho cultural. Por lo tanto, sin el derecho natural o núcleo natural de juridicidad el derecho positivo no podría existir. Pero el derecho positivo existe, luego necesariamente existe el derecho natural.

En todas las realidades producidas por el hombre –en todo hecho cultural– es imposible separar lo natural de lo cultural, porque lo cultural no es otra cosa que la actualización de las potencias naturales, su desarrollo a través de la inventiva y de la inteligencia, etc. Así, por ejemplo, la música no es separable del sentido estético, de la capacidad de oír, de la de combinar los sonidos, etc.; cada lengua o idioma es una creación cultural, mas el lenguaje forma una unidad con la capacidad anímico-corporal de comunicación que es propia de la persona y con la facultad de hablar y expresarse por signos corporales. Del mismo modo, el núcleo natural de juridicidad y lo jurídico cultural –el derecho natural y el derecho positivo– son inseparables, forman una inescindible unidad, un único sistema jurídico, en el que lo cultural o derecho positivo se funda y deriva del derecho natural, del que es desarrollo.

### *Persona y derecho natural*

Pregunta fundamental respecto del derecho natural es la siguiente: ¿dónde inhiere el núcleo natural de juridicidad? La respuesta es sencilla: el derecho natural inhiere en el hombre, en virtud de su condición de persona. En otras palabras, el derecho natural es el núcleo de juridicidad propio de la persona humana.

Al hacer la anterior afirmación se está estableciendo un enlace entre el derecho natural y la dignidad humana, pues la dignidad consiste en aquella eminencia de ser que constituye al hombre como persona. Claro que para comprender esto resulta imprescindible recordar que por dignidad no entendemos una mera cualidad, sino un *estatuto ontológico*, una intensidad o *quantum* de ser que constituye al hombre en un orden del ser distinto y más elevado que el resto de seres de nuestro universo. Esta

intensidad de ser se manifiesta en que en la persona el acto de ser incluye el orden del deber-ser (que es el reflejo en el hombre del acto puro propio del Ser subsistente). Por lo tanto, es inherente a la dignidad de la persona humana la juridicidad, que, con la moralidad, es expresión del deber-ser inherente a la persona humana. El derecho natural es el núcleo natural de juridicidad que es propio de la dignidad de la persona humana, esto es, el núcleo jurídico del orden del deber-ser que es inherente al estatuto ontológico o dignidad del hombre.

Como sea, pues, que el derecho natural es la expresión jurídica de la dignidad de la persona humana –de su estatuto ontológico–, puede decirse que la persona es el fundamento del derecho natural, en cuanto en ella inhiere y es expresión de su orden del deber-ser. Afirmación esta que requiere una explicación y una aclaración.

Esta aclaración se refiere a la relación naturaleza-persona. El fundamento del derecho natural, su raíz, ¿es la persona o es la naturaleza? Porque parece que siendo la persona un ser singular y siendo común a todos los hombres el derecho natural, este radica más bien en la naturaleza que en la persona. He ahí un falso dilema que no han sabido superar los personalismos.

Respecto de la dignidad ontológica, no hay dignidad sin naturaleza ya que la persona es una *sustancia de naturaleza racional*, lo que indica que la persona es realización existencial de la naturaleza humana. Es una naturaleza humana puesta en existencia. Ciertamente la persona no es solo naturaleza, pues a ella se añaden las condiciones singulares de existencia, el conjunto de accidentes –en sentido filosófico– propio de cada persona singular, que la diferencia de los demás. Ahora bien, la dignidad de la persona humana, lo que la constituye a esta en el orden del deber-ser, no radica en lo singular sino en lo común de la persona; el constitutivo de la persona es el estatuto ontológico fundamental o naturaleza racional: el hombre es persona por ser sustancia de *naturaleza racional*. Por tanto, la persona es el fundamento del derecho natural en virtud de su naturaleza. El fundamento del derecho natural es la naturaleza humana en cuanto existencialmente realizada en la persona humana. En este sentido y solo en este sentido, decir que el derecho natural tiene por fundamento e inhiere en la persona es equivalente a decir que tiene por fundamento e inhiere en la naturaleza humana. Como lo es decir que

el derecho natural es el núcleo de juridicidad o de derecho inherente a la dignidad de la persona humana.

En este punto debemos distinguir entre el plano conceptual y el plano existencial. Si en el primero es preciso distinguir persona (ser singular) de naturaleza (lo común o universal del hombre), en el segundo esta distinción no es posible, pues la persona es una naturaleza existencialmente realizada. Por eso, en el plano existencial resulta indiferente –por equivalente– decir que el fundamento del derecho natural es la persona humana o lo es la naturaleza. En cambio, no ocurriría lo mismo si nos situásemos en el plano conceptual, en el que se debe distinguir lo predicado de la persona como ente singular y lo predicado de la naturaleza humana como universal; en este plano conceptual lo correcto es afirmar que el fundamento y raíz del derecho natural es la naturaleza humana, no la persona. Por eso, la pretensión de fundar el derecho natural en la persona, contraponiéndola a la naturaleza (o sea, el derecho natural entendido como derecho inherente a la persona, o a sus atributos, sin naturaleza), destruye el derecho natural, porque sin naturaleza no hay persona (recuérdese que la persona es una sustancia *de naturaleza* racional), ni dignidad ni, por tanto, ese pretendido derecho inherente a la persona y a su dignidad.

No menos desafortunado sería pasar del plano conceptual al plano real cuando se sostiene –como hay que hacerlo en el plano conceptual– que el derecho natural se funda e inhiere en la naturaleza humana, separando naturaleza y persona, como si en el plano de lo real el derecho natural radicase en la naturaleza y no en la persona. En este caso, la naturaleza se tomaría como esencia abstracta de la que se deducirían los derechos naturales y la ley natural. Se trataría entonces de un orden o sistema más o menos completo de derechos y normas de conducta deducidos por la razón, en cierto sentido extrínseco a la persona. El derecho natural sería un producto de la razón, cuya imperatividad residiría en el imperio de la razón. No es así el derecho natural.

Fuera de la persona humana, como algo exterior a ella, no existe ningún orden o sistema jurídico –lo hemos dicho ya– llamado derecho natural, como deducido e imperado por la razón, que se impondría a la persona desde fuera. Entendámonos. Ciertamente el derecho natural se manifiesta como imperio de la razón, pero este imperio de la razón no es originario, sino derivado, ni radica en la naturaleza abstractamente considerada. En el plano real, lo que existe es cada persona humana, dotada de un orden del

deber-ser, que se manifiesta en una debitud y exigibilidad inherentes a ella con un connatural reflejo jurídico: eso es el derecho natural, que es inherente a cada persona humana. El derecho natural es un derecho concreto –no abstracto–, que está en cada persona humana, a ella es inherente y de su dignidad recibe su imperatividad, esto es, su debitud y exigibilidad. La razón conoce ese núcleo de derecho natural y lo expresa en dictados imperativos; pero la imperatividad no es originaria de la razón, sino de la naturaleza humana, es decir, de la dignidad humana. El derecho natural está en cada persona y, en tanto radica en la naturaleza humana, está en toda persona humana.

En conclusión, el derecho natural no es un orden jurídico abstracto, sino un núcleo de derecho inherente a la persona humana, a todas y cada una de las personas humanas en virtud de su dignidad.

### *Componentes del derecho natural*

El derecho natural, como núcleo natural del sistema jurídico (es decir, en el sentido amplio del término que venimos usando), abarca los fundamentales momentos y elementos del orden jurídico: el derecho en sentido propio y estricto –lo justo–, la norma y la relación. Hay, pues, derechos naturales, normas jurídicas naturales o ley natural y relaciones jurídicas naturales.

Lo primero que merece ser puesto de relieve es que el núcleo natural del sistema jurídico o derecho natural comporta la *personalidad jurídica*, o sea, la persona humana como sujeto de derecho. En otras palabras, el hombre es persona –en sentido jurídico– en virtud del derecho natural. La personalidad jurídica no es una creación del derecho positivo. Sea suficiente aquí insistir en que la juridicidad es una dimensión natural de la persona humana, un aspecto del deber-ser propio de ella, que lleva consigo la condición natural de la persona como sujeto de derecho. Ser persona ante el derecho es una dimensión de derecho natural propia de la persona humana. Es una propiedad de la dignidad humana, de su eminencia de ser, común, en consecuencia, a todos los hombres.

Por lo tanto, como sea que todo el sistema jurídico se asienta en la personalidad jurídica del hombre, resulta manifiesto que el derecho natural es la base y el fundamento del sistema jurídico, de modo que este es,

ante todo, un sistema de relaciones jurídicas naturales, como sistema de relación y ordenación de personas físicas (en sentido jurídico), que son tales por derecho natural.

De todo ello se deduce que el derecho positivo estructura y regula las personas físicas, pero no las crea en su personalidad jurídica. La función del derecho positivo respecto de la personalidad jurídica de la persona física se limita a regular algunos efectos de ella en orden a situaciones jurídicas no naturales (las naturales son intangibles). Por ejemplo, si un ordenamiento legal o consuetudinario requiere determinadas condiciones para la eficacia de la personalidad jurídica de un ser humano (v. gr., que nazca vivo y no muera antes de veinticuatro horas), esto no puede interpretarse en el sentido de que antes de que tales requisitos se cumplan, ese ser humano no es persona en sentido jurídico; lo es por derecho natural desde el momento en que comienza a existir en el seno materno, con todos los derechos naturales de los que es capaz —entre ellos el derecho a la vida, a la salud, etc.— y aun de los derechos positivos u otras situaciones jurídicas (intereses jurídicamente protegidos, expectativas de derechos, etc.) que acaso las normas jurídicas le reconozcan. Los citados requisitos se refieren no a la concesión de la personalidad jurídica, sino a su *eficacia* en orden a determinados efectos de derecho positivo (v. gr., propiedad de bienes, derechos sucesorios, etc.).

La personalidad jurídica, por radicar en la dignidad de la persona humana, comporta no solo la capacidad de ser sujeto de derecho, sino la titularidad de una serie de derechos y deberes que dimanen de la dignidad humana: los *iura et officia naturalia* o derechos y deberes naturales. En lo que a los derechos se refiere, el núcleo natural del sistema jurídico está constituido por *lo justo natural*, cosas —corporales o incorpóreas— que están atribuidas al hombre por naturaleza y le son debidas en justicia según la dimensión de deber-ser propio del hombre.

La persona humana, es un ser-en-relación por su peculiar y connatural capacidad de comunicación y en virtud de la socialidad que le es inherente. Pero no se presenta ante los demás como vacía de debitud o exigencia. Por el contrario, la dignidad de la persona la dota de un ser que le pertenece (dueña de sí) y de libertad. Esto da lugar a que el hombre se presente naturalmente ante los demás con una serie de derechos inherentes a su dignidad: derechos sobre su propio ser y libertades en

orden a su desarrollo y a su vida. Hay, en consecuencia, derechos naturales, pues, como decíamos, se trata de cosas proporcionadas y debidas con deuda en sentido estricto.

Una de las consecuencias de la dignidad humana consiste en que la naturaleza humana se constituye en criterio normativo de la conducta humana. Respecto del hombre hay un trato digno y un trato indigno y un comportamiento digno y otro indigno.

Todo ello en cuanto tiene una proyección social y atañe al orden de la intersubjetividad es *regla de derecho* o norma jurídica natural. Hay, pues, un núcleo natural de reglas de derecho o normas jurídicas naturales, que forman parte del núcleo natural del derecho.

Pero no se limita a lo dicho el núcleo natural del derecho o derecho natural. Pertenece al derecho natural también el núcleo básico y fundamental del sistema de garantías de satisfacción y cumplimiento del derecho que acompaña a todo orden jurídico.

Por una parte, el sistema judicial, si bien en su organización es desarrollo del derecho positivo, su existencia está postulada por el derecho natural en cuanto es una exigencia de la naturaleza misma del derecho y, por lo tanto, de los derechos naturales y de las normas jurídicas naturales. El momento judicial, el sistema judicial de resolución de controversias, aplicación de penas y cumplimiento de la ley, está exigido por la naturaleza del derecho –sea natural o positivo– tal como la dimensión jurídica, por sus características de debitud y exigibilidad, está en la naturaleza humana. La vida social, en cuanto estructurada jurídicamente, está sometida a los vaivenes de la libertad humana, a oscuridades y diferencias de criterio a la hora de determinar lo justo, su titular y su medida, etc., todo lo cual requiere –siendo el derecho debido y exigible– una autoridad social decisoria que *diga el derecho*, que lo declare y lo ejecute. Esto nos indica que el sistema judicial es, en su base y fundamento, en su misma existencia y legitimidad de actuación, de derecho natural, aunque la organización y el desarrollo sean de derecho positivo. Un corolario de lo visto es que el sistema judicial está, no al servicio del derecho positivo, sino al servicio del derecho, de todo el derecho, tanto en su núcleo natural, como su derivación y desarrollo o derecho positivo. Por lo tanto, resulta falso afirmar que el derecho natural carece de garantía judicial; carecerá de tal garantía si los jueces, por su educación positivista, hacen caso omiso del



derecho natural; pero esto no es lo correcto, sino una de las principales distorsiones que el positivismo ha introducido en la vida del foro. De suyo el derecho natural cae bajo la garantía del sistema judicial.

Por otra parte, también pertenece al derecho natural el sistema de garantía de satisfacción y cumplimiento del derecho por medio de la ejecución forzosa y la coacción. Tanto una como otra, que a efectos de lo que aquí interesa pueden resumirse en la coacción, responden a la naturaleza inexcusable y social de la debitud y exigibilidad del derecho. La coacción no es una superestructura añadida al sistema jurídico por pura invención del hombre, sino que, supuesto el estado de la naturaleza humana, que comporta la falencia del hombre y el consiguiente incumplimiento del derecho, la coacción aparece como radicada y legitimada por el derecho natural. Adviértase que el incumplimiento del derecho supone una conducta irracional, solo explicable por una falencia o decaimiento de la naturaleza humana, lo cual supone un *estado de naturaleza*, capaz de irracionalidad y de infrahumanidad. Por lo tanto, la posibilidad y legitimidad de la coacción aparecen radicadas en la naturaleza humana, lo cual significa que la coacción está al servicio no solo del derecho positivo, sino del derecho natural. Es un error —uno de tantos errores extendidos— decir que el derecho natural no posee un sistema de coacción. Tal sistema de coacción es el mismo que el del derecho positivo: el sistema de coacción de cada sistema jurídico. Si de hecho esto no se produce, ello es debido (hay que volver a decirlo) a la distorsión producida en la vida jurídica por el positivismo. A la unidad del sistema jurídico —en parte natural y en parte positivo— corresponde un único y el mismo sistema de garantía: el sistema judicial y el sistema de coacción que está al servicio del sistema jurídico.

### *Los derechos naturales*

El derecho, en sentido propio y primario, es lo justo, según se vio. Los restantes factores del sistema jurídico se llaman derecho por analogía y son jurídicos por su relación con el derecho o cosa atribuida a un sujeto por un título según una medida y debida a él con deuda en sentido estricto. Por lo tanto, el derecho natural en sentido propio y primario es el

derecho de la persona, cuyo conjunto hemos denominado en páginas anteriores los derechos naturales o *iura naturalia* inherentes a la dignidad de la persona humana. Este es el derecho natural propiamente hablando; los demás factores del núcleo natural de juridicidad –v. gr., las normas jurídicas naturales o ley natural de índole jurídica– solo pueden llamarse derecho natural en sentido análogo. Del derecho natural en sentido propio hablaremos seguidamente, no sin antes dejar sentado que se trata del factor principal y fundamental del núcleo natural de juridicidad, que sustenta su existencia, del mismo modo que, en general, el derecho sustenta la existencia del sistema jurídico. Así como sin derecho o cosa justa no existiría el sistema jurídico, sin el derecho natural o lo justo natural el núcleo natural de juridicidad tampoco existiría; habría acaso ley natural, pero no sería norma jurídica, sino norma moral o ética.

¿Qué es el derecho natural? El derecho natural es *lo justo por naturaleza* o lo justo natural, es decir, aquella cosa corporal o incorporeal adecuada y proporcionada al hombre en virtud de su naturaleza o estructura fundamental ontológica, con la nota de debitud y exigibilidad inherente a la dignidad de la persona humana.

Todo derecho, decíamos, se tiene en virtud de un título y según una medida. Por el título y la medida la cosa constitutiva de derecho se hace adecuada y proporcionada al titular; y por darse una *proportio* o proporción que pertenece al deber-ser, la cosa es justa y, por lo tanto, debida a su titular y exigible por él. En su momento se vio que la dignidad de la persona humana se revela precisamente en que el orden del deber-ser al que pertenece el hombre comporta un deber-ser, como reflejo y participación del Ser en acto puro. En este contexto, la dignidad de la persona humana se plasma en que la persona humana es *domina*, dueña de sí y de su propio ser; y es libre, lo mismo como manifestación de su dominio sobre sí (libertad fundamental), como respecto a unas esferas de autonomía y de actuación (libertad de autonomía y libertad de iniciativa).

Todas estas características implican un conjunto de cosas que por naturaleza (por la dignidad personal) pertenecen a la persona humana. Le son adecuadas o proporcionadas por naturaleza, según la dimensión de deber-ser propia de la dignidad de la persona humana. En otras palabras, son cosas que le están atribuidas por un título natural según una medida también natural, cosas que le son debidas por naturaleza. Son los dere-

chos naturales. Constituye, pues, el derecho natural toda aquella cosa que está atribuida al hombre por un título natural y según una medida natural.

¿Cómo se generan y determinan los derechos naturales? Quizás se podría pensar en la posibilidad de una lista cerrada y definitiva de derechos naturales obtenidos por deducción de la naturaleza humana. Tal idea, propia del iusnaturalismo moderno y, en parte, de la neoescolástica desviada a la que antes nos referimos, supone una incomprensión de la verdadera naturaleza del derecho natural. El derecho natural, cada derecho natural, por ser derecho, esto es, por estar inmerso en las relaciones sociales humanas, que son históricas y evolutivas, surge de la dignidad humana al entrar el hombre en cada relación social según las circunstancias y las situaciones. En cada una de ellas la dignidad humana se presenta con unas exigencias —unas permanentes y constantes, otras modalizadas por las circunstancias y situaciones— que hacen surgir los concretos y particulares derechos naturales.

Los derechos naturales, más que unos derechos sueltos, son un entramado de derechos, como eslabones de una cadena, concreción y determinación de una raíz común, por lo cual la distinción y delimitación entre unos y otros no siempre presenta perfiles nítidos. Podríamos hablar de un único y genérico derecho natural fundamental, que se concreta y determina en una serie de derechos naturales concretos y delimitados, que, teniendo existencia propia, no son otra cosa que concreciones del derecho natural fundamental.

Ese derecho natural fundamental de la persona humana es el *derecho a ser*. Y como el ser del hombre tiene por condición la libertad y es un ser dinámico, que tiende —como aspecto del deber-ser— a unos fines naturales, los cuales constituyen el desarrollo y perfección de su ser, el derecho natural fundamental puede ser descrito así: *el derecho de la persona humana a su ser, a su libertad y al desarrollo de su personalidad* (los fines naturales del hombre). Todo ello según está en la naturaleza.

Aunque a veces los juristas hablan de derechos indeterminados y genéricos —y de ello nos hemos valido en las líneas anteriores— en propiedad de lenguaje esos derechos no son tales, sino situaciones jurídicas distintas, pues todo derecho se constituye por cosas concretas y determinadas. En este sentido, al derecho natural fundamental, lo llamamos derecho

conscientes de que el lenguaje no es exacto. Para ser exactos, deberíamos hablar de núcleo o raíz de debitud y exigibilidad inherente a la dignidad de la persona humana, a su naturaleza. Este núcleo o raíz de debitud y de exigibilidad da lugar a los derechos naturales concretos dentro de las distintas relaciones, situaciones y circunstancias en las que se encuentra la persona humana. Repetimos que de esos derechos concretos unos son permanentes y constantes (v. gr., derecho a la salud, a la alimentación, etc.) y otros, siendo en su raíz también constantes, sin embargo, están *modalizados* (reciben distintas modalidades sin poder ser negados) por las situaciones y las circunstancias (v. gr., el derecho de libre circulación).

De ello se deduce que hay que saber resistir a la tentación de pretender una enumeración cerrada y exhaustiva de los derechos naturales. Toda enumeración de los derechos naturales debe ser abierta y está parcialmente sometida a la situación histórica, social y cultural de los hombres, así como a la diversidad de criterios científicos de clasificación (v. gr., hay autores que incluyen la alimentación dentro del derecho a la vida o la salud y otros lo consideran como un derecho distinto).

Los derechos naturales surgen del derecho fundamental con relación a los tres elementos en los que se funda: el ser del hombre, su libertad y sus fines.

En primer lugar, el ser del hombre. Llamado a la existencia, exige ser y bien ser (bien estar), de donde dimanar los derechos tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, etc. Son, pues, derechos naturales los bienes inherentes al ser del hombre. Estos bienes pueden desglosarse en cuatro: su cuerpo y su espíritu considerados en sí mismos y en su integridad, las potencias anímicas y corpóreas (los sentidos, capacidades de obrar, voluntad, entendimiento, etc.), las operaciones naturales del hombre (la naturaleza es el principio de operación y, por lo tanto, las operaciones pertenecen a la naturaleza) y los bienes que son objeto de esas operaciones, sin los cuales las operaciones no serían posibles (v. gr., sin alimentos no es posible comer, por consiguiente, los alimentos son derechos naturales). Y aún podríamos añadir un quinto bien: la socialidad, que da lugar al derecho de formar parte de la sociedad política y al derecho de asociación.

En segundo término, constituyen derechos naturales las esferas de libertad, que corresponden al hombre por naturaleza: autodeterminación

en el consentir y en el obrar, inmunidad de coacción (como es el caso de las libertades religiosa, de pensamiento y de conciencia) y libertad de iniciativa.

En tercer lugar, cabe referirse a los fines naturales del hombre o desarrollo de su personalidad. Los fines del hombre dan lugar a derechos naturales por dos razones: a) porque integran el orden del deber-ser propio de la dignidad de la persona humana; y b) porque están en germen en la naturaleza en forma de *inclinationes* naturales, que son estructuras que contienen tendencias o apetitos racionales y «la característica más propia de cualquier naturaleza racional es moverse según el apetito que le es propio» (Máximo el Confesor). En otras palabras, los fines naturales implican que el ser del hombre está *ordenado* a dichos fines –*ordinatio ad fines*– lo que comporta no solo la tendencia, sino también la conformación del ser humano a los fines mediante potencias, estructuras corpóreas, etc., todo lo cual constituye la *inclinatio* natural. De los fines naturales del hombre nacen derechos naturales, tales como el derecho al matrimonio, el derecho al trabajo y al ocio, el derecho a la educación, etc.

Como ya se puso de relieve en páginas anteriores, conviene insistir en que los derechos naturales no son derechos abstractos, sino derechos concretos. Los derechos naturales son verdaderos derechos –en el sentido más propio y estricto del término–, pertenecen a la vida jurídica y a la vida del foro al igual que los derechos positivos. Pero los derechos abstractos no son derechos, sino producto de nuestra razón; un derecho es concreto y determinado (al menos determinable) o no es un derecho, sino una situación jurídica distinta. Los derechos naturales son cosas concretas y determinadas (en algunos casos determinables), tan concretas y determinadas o determinables como el ser de cada persona, su vida, su pensamiento y su conciencia, su necesidad de alimentación y educación, la recompensa económica de su trabajo, etc. No hay nada de abstracto en los derechos naturales.

Otra cosa distinta es que el *enunciado* de estos derechos –al igual que ocurre con los derechos positivos– se haga normalmente por medio de abstracciones, según la capacidad abstractiva y universalizadora de nuestra razón. Frecuentemente –en todos los órdenes del conocimiento– nuestro conocimiento enuncia y enjuicia por medio de abstracciones. También esto ocurre con el derecho natural. Pero esos enunciados

abstractos son formas de conocimiento y de lenguaje de gran utilidad, productos de la manera de operar de nuestra razón, no los derechos naturales en sí mismos. Los derechos naturales, concretos y determinados o determinables, existen en cada persona humana, en cada relación social o sistema de relaciones sociales. Y como derechos concretos actúan y están presentes en la vida del foro.

### *Los deberes naturales*

La dignidad de la persona humana es fundamento y raíz no solo de derechos, sino también de deberes. Lo es en el plano moral, del cual aquí no tratamos, y lo es en el plano de las relaciones sociales de naturaleza jurídica, dando lugar a deberes jurídicos naturales; son los que aquí llamamos deberes naturales.

Hablar de deberes fundados y radicados en la dignidad del hombre supone, por una parte, que su fundamento y raíz es la naturaleza humana; por otra, que derivan de la eminencia y excelencia del ser humano y, por lo tanto, radican en el orden del deber-ser de la persona humana. Son manifestaciones de las notas de debitud y exigibilidad características del ser humano como persona. La dignidad humana comporta que el hombre *debe y exige* ser (permanecer en la existencia según el orden de su naturaleza) y desarrollarse de acuerdo con sus fines naturales. De ahí nacen los deberes naturales.

Los deberes naturales no pueden entenderse, pues, como limitaciones, cargas o situaciones desfavorables; por el contrario, son expresiones de la eminencia y perfección del ser humano, de su grandeza de ser y de la altura de su realización personal, que la dignidad humana postula como deber-ser (virtud o perfección).

Los deberes naturales pueden agruparse del siguiente modo:

a) Los deberes correlativos a los derechos naturales, pues a todo derecho de un titular corresponde el deber de satisfacerlo por parte del deudor. Según la fórmula de la justicia «dar a cada uno su derecho», resulta obvio que a cada derecho natural corresponde el deber de *darlo*, de satisfacerlo por parte del sujeto del *debitum* de la relación jurídica. En los derechos naturales, el deudor o titular del deber puede ser una persona

singular (o todas si los derechos son *erga omnes*), grupos sociales o la comunidad política.

b) Existen los deberes naturales derivados de la socialidad humana, que crea entre los hombres un vínculo de solidaridad. Ello da lugar a una serie de deberes jurídicos de solidaridad cuando corresponden a un bien que es derecho de la persona. Así, por ejemplo, el derecho a la vida hace surgir el deber de auxilio en caso de peligro de muerte.

c) Hay también una serie de deberes naturales que corresponden a la justicia legal, esto es, los deberes naturales de contribuir al bien común de la comunidad política y de la comunidad humana en general. De este modo, aparecen deberes naturales tales como contribuir con los bienes materiales propios a las necesidades de la comunidad política (generalmente concretado por forma histórica en la obligación de pagar los impuestos justos), la obediencia al poder legítimo, la defensa frente a los enemigos exteriores, etc.

¿De dónde surgen los deberes naturales? Su fuente —o mejor, su raíz y fundamento— es la misma de los derechos: el ser del hombre de una parte, y el desarrollo de la personalidad a través de los fines naturales del hombre, de otra. En último término, el fundamento, el título y la medida de los deberes naturales es la naturaleza humana, no abstractamente considerada, sino existencialmente presente en cada persona humana y, por lo tanto, contemplada en la situación histórica y circunstancial de la persona que puede modalizar el ejercicio de los deberes (no los deberes mismos que son permanentes y constantes).

De lo dicho se desprende que hay deberes naturales respecto del ser del hombre: deber de conservar la vida, deber de recuperar y mantener la salud, deber de la correcta nutrición, deber de ofrecer seguridad a las personas, deber respecto de su libertad y autonomía. Hablamos, no de deberes morales (que los tiene cada hombre respecto a su ser), sino de verdaderos deberes jurídicos de justicia conmutativa, distributiva y también de justicia legal (deber del hombre respecto de esas materias con relación a la sociedad).

Asimismo hay deberes de justicia —conmutativa, distributiva y legal— respecto de los fines del hombre, los cuales —según distinta medida— son verdaderos deberes (algunos no lo son, sino que se limitan a ser libertades), pues el desarrollo de la personalidad —que se realiza por la obtención

de los fines naturales del hombre como ya dijimos— no es solo una posibilidad ofrecida al hombre, sino un núcleo de debitud y exigibilidad de la dignidad humana, aunque tenga ciertos aspectos de libertad de elección. Y como los fines naturales del hombre, en su mayor parte, no se obtienen por la acción solitaria de la persona, sino que se alcanzan en sociedad y comunidad, se generan verdaderos deberes jurídicos de la persona de tender a ellos, así como el deber de los demás y de la sociedad de que nadie quede marginado en el proceso de tendencia hacia esos fines.

Una pregunta que puede hacerse en relación con los deberes naturales, es la siguiente: ¿los derechos naturales derivan de los deberes naturales? Viene a cuento la pregunta, porque hay autores para los cuales los derechos naturales derivarían de los deberes. Así, por ejemplo, puesto que el hombre tiene el deber de conservar la salud, tendría el derecho a la salud; como tiene el deber de trabajar, existiría el derecho al trabajo. A nuestro juicio, esta postura obedece a una confusión.

La confusión estaría en no advertir que tanto los derechos como los deberes naturales —en cuanto derechos y deberes concretos y determinados— obedecen a una raíz común: el deber-ser propio de la dignidad humana. En la raíz de unos y otros existe un deber-ser, la debitud y la exigibilidad propios de la persona humana. Este deber-ser se plasma en deberes morales, derechos naturales y deberes jurídicos asimismo naturales. La opinión a la que nos estamos refiriendo, a nuestro entender, confunde el deber-ser radical de la dignidad humana con los deberes naturales.

Baste observar que —como se ha dicho— una serie de deberes naturales son el contrapunto de los derechos naturales: el deber de respetar, satisfacer y cumplir el derecho. En todos estos casos, se trata de lo que es general y propio de la realidad jurídica: el derecho es una cosa debida, por lo que a todo derecho corresponde una deuda; aquí la primacía es del derecho, no del deber.

Derechos y deberes naturales tienen todos la misma raíz: el deber-ser propio de la naturaleza humana (de la dignidad de la persona humana), pero, salvo en el caso anterior (y entonces la primacía es del derecho), en los demás casos los derechos y los deberes son expresiones multiformes y complementarias de ese deber-ser radical, sin que pueda establecerse una relación de derivación necesaria entre unos y otros.



Al igual que ocurre con los derechos, los deberes naturales no son abstractos, sino concretos. Como lo dicho respecto de los derechos es aplicable a los deberes, nos remitimos a lo escrito para aquellos.

### *Las relaciones jurídicas naturales*

Puesto que existen derechos y deberes naturales es obvio que existen relaciones jurídicas también naturales. Por eso, si entendemos el ordenamiento jurídico como un sistema de relaciones jurídicas, el núcleo natural de juridicidad está constituido por un núcleo de relaciones jurídicas naturales.

Este hecho es una consecuencia natural de una dimensión de la persona humana: su socialidad. La socialidad no es *sociabilidad*, esto es, capacidad y potencia para que el hombre se constituya en sociedades y comunidades, sino que el hombre es por naturaleza socio de los demás. Por lo tanto, por naturaleza existe una serie de relaciones sociales, de las cuales muchas –tantas cuantos derechos y deberes naturales existen– son relaciones jurídicas.

A esto hay que añadir una serie de relaciones sociales que dimanar de la naturaleza y configuran sistemas o instituciones de derecho natural, esto es, que no son productos culturales –aunque la cultura pueda influir en cierta manera en algunos aspectos accidentales–, sino sistemas o instituciones de derecho natural. Lo cual lleva consigo que tales sistemas o instituciones –con mayor o menor intensidad según los casos– no están totalmente regulados por el derecho positivo, sino que su estructura fundamental está regulada por el derecho natural. Los principales de estos sistemas o instituciones son: a) la comunidad política; b) el matrimonio; c) las relaciones paterno-filiales; y d) la comunidad universal de todos los hombres y pueblos.

### *Las normas naturales*

Al tratar de la dignidad de la persona humana se puso de relieve que la naturaleza humana –y con ella la dignidad de la persona– está

constituida como regla o criterio de conducta personal y social; contiene, pues, una normatividad o ley, es *norma de conducta* que recibe comúnmente la denominación de ley natural. El aspecto de mayor relevancia de tal normatividad –por su relación con la perfección y el desarrollo de la persona, así como por sus consecuencias– es el aspecto moral, tanto de ética personal como de ética social, por lo que corresponde principalmente a la filosofía moral el estudio de la ley natural (qué es, cómo se conoce, cuáles son los primeros principios, etc.). En consecuencia, y una vez establecido firmemente en su lugar que la filosofía del derecho no es filosofía moral, no entraremos aquí en la temática propia de la filosofía moral; nos limitaremos a estudiar la normatividad natural desde el punto de vista jurídico, esto es, en cuanto se constituye parcialmente como norma jurídica natural, en cuanto es *derecho natural* y, por ello, atañe al oficio del jurista y forma parte del núcleo natural de juridicidad de todo sistema jurídico.

Las normas jurídicas naturales son aquel conjunto de reglas o criterios de conducta que derivan de la dignidad de la persona humana –normas de conducta exigidas por la dignidad del hombre– y que actúan en el orden social como estatuto o regla de derecho, es decir, de lo justo legal, distributivo o conmutativo. Constituyen, pues, el núcleo básico de normas jurídicas propias del sistema de derecho, cuyo carácter de deber-ser y la regla que contiene se originan en la naturaleza humana. No proceden, por lo tanto, de la voluntad humana o del consenso social, sino de la estructura fundamental del ser humano o naturaleza, que es una naturaleza *digna*.

Reiteradamente se ha indicado que la eminencia e intensidad o *quantum* de ser del hombre –que es lo que llamamos dignidad de la persona humana– contiene un orden del deber-ser. El hombre exige ser, desarrollarse hacia su perfección y ser objeto de un trato adecuado y proporcionado a su dignidad, que es tanto como decir a su naturaleza. Esta debitud y exigencia, además de originar derechos y deberes naturales, da lugar a normas de conducta en las relaciones humanas intersubjetivas, en el orden jurídico, que son las normas jurídicas naturales o ley jurídica natural. Dicho en otras palabras, la dignidad de la persona humana, lejos de residir en la anomía (ser cada persona subjetivamente su propia ley), genera un deber-ser que, además de ser personal (y ello principalmente), da

lugar a normas de trato interpersonal o social que es estatuto de lo justo: la norma jurídica natural. En virtud de su dignidad, la persona humana no puede ser tratada *ad libitum*, pues lo impide la debitud y la exigencia contenidas en su naturaleza. La dignidad del hombre proporciona unos criterios o reglas de conducta —lo ajustado a la naturaleza humana—, que son el *obrar digno* de la persona y de los demás respecto de la persona. En esto consiste la ley natural y, en lo que tiene de jurídica, el conjunto de normas jurídicas naturales.

En su momento dijimos que la norma jurídica es una norma obligatoria y vinculante. A la vez pusimos de relieve que la obligación o vinculación no va unida a que la norma sea producto del poder social (v. gr., el pacto entre iguales puede ser fuente de una norma jurídica). ¿Dónde reside la obligatoriedad de la norma jurídica natural?, ¿qué es lo que la hace vinculante y de debido cumplimiento?

La respuesta viene dada por cuanto se ha dicho anteriormente: la norma jurídica natural es obligatoria y vinculante, porque pertenece al orden del deber-ser inherente a la naturaleza humana, a la dignidad del hombre. Es ese deber-ser inherente a la dignidad humana lo que hace debida u obligatoria la norma jurídica natural. En otras palabras, es la obligación o vinculación inherente a la naturaleza humana en virtud de la índole exigente del ser personal.

Esta vinculación u obligatoriedad es más radical y profunda que la imperatividad de la norma positiva. Esta última procede, en definitiva y según vimos, de la función de gobierno y es extrínseca a la persona; esto significa que es fruto de una elección racional del gobernante, por lo que carece de suyo de una intrínseca razón de imperatividad: solo se sustenta en la función rectora del poder. Y respecto de las persona, el poder no es dominio incondicionado, sino servicio. El deber-ser de la norma positiva se sustenta, a fin de cuentas, en la necesidad del poder en la sociedad, en cuanto esta necesita de una función ordenadora y regidora. En cambio, la obligatoriedad o fuerza vinculante de la norma jurídica natural es intrínseca a la persona misma y deriva de su dignidad o naturaleza digna, de su intrínseco orden del deber-ser constitutivo de la persona. En la norma jurídica natural está en juego la dignidad inherente a la persona humana, el trato digno y naturalmente justo o el trato indigno y por ello degradante e injusto. El deber-ser natural es mucho más radical y profundo,

que el deber-ser que procede de la norma positiva, porque procede del constitutivo esencial de la persona.

¿De dónde proviene el *contenido* de las normas jurídicas naturales? Como sea que la norma jurídica es una *ratio* o estructura, el contenido de las normas naturales procede –pues tiene su origen en la dignidad humana– de la estructura fundamental del ser humano (naturaleza), esto es, de su ser y de sus *inclinaciones* naturales, expresión esta de los fines naturales (desarrollo de su personalidad). Así pues, por una parte, hay una serie de normas jurídicas naturales que se refieren a la conservación del ser del hombre (vida, salud, etc.), a su integridad física y moral, a su libertad y a su seguridad. Otras atañen al desarrollo de su personalidad (matrimonio, educación, trabajo, etc.). Otras, en fin, se relacionan con la índole social del hombre: paz entre los hombres y los pueblos, asociacionismo, comercio, etc.

Las normas jurídicas naturales constituyen el núcleo normativo regulador de conductas, que es la base y fundamento del sistema jurídico, que da a la sociedad humana un orden fundamental –el orden de la dignidad humana–, un núcleo de orden social justo conforme con la naturaleza humana y, por tanto, con la dignidad del hombre.

Las líneas básicas de este orden social justo son: a) el desarrollo de la personalidad de la persona o cumplimiento de sus fines naturales; b) la solidaridad o lazos de mutua ayuda entre los hombres –lo que supone la paz– y los pueblos; c) la ordenación del matrimonio y la familia; d) el respeto a los derechos naturales; e) el cumplimiento de los deberes naturales; f) la obediencia al poder legítimo y a sus normas racionales; g) la ordenación política de la sociedad conforme al bien común y de acuerdo con la condición de miembro activo propia del ciudadano (principio de participación política).

De modo similar a lo que ocurre con los derechos y deberes naturales, las normas jurídicas naturales, al tener su origen en la persona humana, no forman una especie de legislación o código extrínseco al hombre de carácter unitario. Por una parte, son normas intrínsecas a la persona humana, según se ha visto; y por otra, están en cada una de las personas humanas y en todas ellas. Son deber-ser que está en la persona humana. Pero no es menos verdad que estas normas naturales son también *normas de la sociedad como tal*, esto es, no son solo normas individuales, sino

normas comunes y generales de la comunidad humana en cuanto tal, a modo de ley, por lo que reciben propiamente el nombre de ley natural.

Para entender este hecho es preciso tener presente la nota de socialidad propia de la persona humana. El hombre no es un ser aislado, sino que forma sociedad con los demás hombres, en virtud de su inherente comunicabilidad. Por lo tanto, las normas naturales de las que estamos hablando son aquellas normas de ley natural, que regulan la socialidad humana en cuanto esta se plasma en la sociedad o comunidad humanas. Son reglas de la sociedad exigidas por el ser del hombre relacionado con los demás y constituido en sociedad y comunidad. Las normas jurídicas naturales son normas naturales de la sociedad humana, en cuanto entramado de personas, dotadas de dignidad, según lo que –como hemos indicado reiteradamente– comporta la dignidad: una estructura con una eminencia o *quantum* de ser que incluye un orden del deber-ser. Puesto que los hombres están constituidos en sociedad, la norma natural que regula la sociedad se hace ley de la sociedad, ante la cual hay el deber de cumplirla.

Por lo tanto, las normas jurídicas naturales son verdaderamente jurídicas, porque su obligación, al ser normas de la sociedad, es de justicia legal. Su cumplimiento es un deber de justicia legal, además de que puedan comportar deberes de justicia conmutativa y justicia distributiva.

### *El derecho natural como derecho común o universal*

Según hemos visto, el derecho natural –tomando de nuevo esta expresión en sentido general– dimana de la persona humana, de su dignidad y, por consiguiente, no de lo singular o peculiar de cada persona, sino de lo común o universal, esto es, de la naturaleza humana. Por lo tanto, el núcleo natural de juridicidad de la persona humana se manifiesta en todas las personas humanas en igualdad de derechos y en la misma e idéntica normatividad, supuestas las mismas situaciones y circunstancias. Resulta así un derecho común y universal de la humanidad, capaz de ser reducido a enunciados racionales universales, que, si bien no son de suyo el derecho natural, constituyen su forma de expresión conforme a la capacidad abstractiva del intelecto humano.

Con razón los juristas romanos llamaron al derecho natural *ius commune* o derecho común a todos los pueblos. Todos los hombres y todos los pueblos se rigen por el mismo derecho natural, porque allí donde se encuentran dos o más personas, allí opera el núcleo natural de juridicidad, allí se genera una relación jurídica, o un complejo de ellas, cuyo contenido son los derechos naturales; y allí las conductas interpersonales o sociales son reguladas por las normas que dimanen del deber-ser inherente a la dignidad del hombre.

Los derechos naturales o *iura naturalia* tienen por fundamento y por título la persona humana en su naturaleza; dicho de otra manera, si distinguimos conceptualmente naturaleza y persona, la naturaleza constituye el fundamento y el título de los derechos y la persona es su sujeto. Por radicar en la naturaleza, todo hombre, en virtud de su condición de persona, tiene todos los derechos naturales –aunque pueda haber diferencias en la modalidad de algún derecho y aunque su eficacia y ejercicio estén sometidos a la dimensión de historicidad en cierta medida–; en consecuencia, los derechos naturales son iguales en todos. En el ámbito de los derechos naturales existe la más plena y verdadera igualdad de derechos. Puede, pues, hablarse de unos derechos universales y comunes a todos los hombres.

Siendo igual la naturaleza en todos los hombres, como estructura fundamental de su ser, común a todos ellos, el deber-ser inherente a la dignidad de la persona humana se manifiesta en toda relación social en las mismas normas de conductas intersubjetivas; a igual naturaleza, igual dignidad y, en consecuencia, iguales normas de deber-ser en las conductas interpersonales. Hay, pues, un conjunto de normas jurídicas universales y comunes a toda la sociedad humana, que se resume en la expresión clásica *ley natural*.

Como puede advertirse por cuanto se ha expuesto, el derecho natural es un derecho universal y común en un doble sentido: a) por ser igual en todos los hombres; y b) por ser un núcleo de orden jurídico que se extiende a todos los hombres y todos los pueblos, esto es, a toda la humanidad.

En este segundo sentido, hay que evitar un error de perspectiva: el derecho natural no es un derecho universal y común, en cuanto un sistema jurídico universal con un centro o fuente únicos que, a modo

de estructura jurídica extrínseca, desde fuera de la persona, regulase la comunidad humana. El derecho natural, tanto los derechos naturales como la ley natural, está en cada persona humana, en ella inhiere; se hace universal y común –es derecho de toda la humanidad– en virtud de la socialidad humana, que une a todos los hombres en un entramado de relaciones jurídicas; el derecho natural tiene tantos centros o fuentes como personas existen. Ahora bien, por la unidad del entramado de relaciones jurídicas puede hablarse de la *comunidad humana universal* (la socialidad de la persona tiene dimensiones universales), que constituye una comunidad jurídica u orden jurídico universal, aunque hoy por hoy incompleto en diversos aspectos de su universalidad (falta de un eficaz y completo sistema internacional de garantías, por ejemplo).

### *Razón natural y derecho natural*

Es una afirmación común de la doctrina clásica que el derecho natural procede de la *naturalis ratio*, de la razón natural, de modo que al derecho natural se le ha llamado *ratio naturalis* o *aequitas naturalis*. Con la apelación a la razón se está poniendo de relieve que el derecho natural no procede de la voluntad humana –esto es, el derecho positivo–, sino que es algo *dado*, objetivo, que la razón descubre y conoce como lo adecuado –lo justo– al hombre, no según las construcciones culturales o la estructuración jurídica y social humanas, sino según naturaleza. El derecho natural procede de la razón, porque no es construido, sino descubierto como un factor jurídico existente naturalmente en la realidad humana. Por lo tanto, si el derecho natural no se construye, sino que se descubre o desvela, lo que el hombre hace respecto de él es captarlo, conocerlo, lo cual es propio de la razón.

¿Por qué se habla de razón *natural*? ¿Qué quiere decir natural aplicado a la razón? El adjetivo «natural» aplicado en este caso a la razón significa tres cosas: En primer lugar, razón natural significa que no se trata de la razón en cuanto constructiva o inventiva, ni en cuanto razona y actúa según esquemas culturales; la expresión «razón natural» quiere decir que la razón se limita a descubrir y desvelar directa e inmediatamente la realidad humana sin la mediación de esquemas filosóficos,

científicos, culturales, etc. Es pura razón descubridora. Eso no significa que no tenga en cuenta datos filosóficos o científicos, pero en tales casos lo filosófico o lo científico es puro dato, que la razón tiene en cuenta para penetrar más en la realidad humana y conocerla mejor; el derecho natural no es, en cambio, la deducción de un sistema filosófico ni de un sistema científico o cultural. La razón es natural porque observa y desvela directa e inmediatamente el derecho natural desde la realidad humana. En otras palabras, para descubrir el derecho natural el método correcto es la observación de la persona humana, de su dignidad, de todo cuanto está contenido en la naturaleza humana.

Que la razón se ayude de los datos de las diversas ciencias sobre el hombre, es cuestión de datos que favorecen y pueden dar seguridad a la razón en su función descubridora y desveladora, pero en ningún caso la razón deduce el derecho natural de un sistema filosófico o científico. Por eso el derecho natural no es una ideología, ni se relaciona con ningún pensamiento político o cultural. Es independiente de cualquier sistema cultural o ideológico –razón constructiva– y de suyo es común a todos los hombres de cualquier ideología, convicción filosófica, etc. (razón natural). Ahí radica uno de los fallos principales de la Escuela moderna del Derecho Natural, que, en realidad, «dedujo» como derecho natural las derivaciones prácticas de las ideologías filosóficas y políticas que sus autores sustentaban (ideales de la burguesía de su tiempo, racionalismo, absolutismo y más frecuentemente el constitucionalismo, liberalismo, etc.); lo que, sin embargo, no les impidió, junto a notables y aun aberrantes errores, descubrir ciertos elementos de auténtico derecho natural, como el principio de igualdad.

En segundo término, se dice de la razón que es natural para poner de relieve que descubre el derecho natural según sus luces naturales y no por derivación de presupuestos religiosos. El derecho natural, en sí mismo considerado no es un derecho divino revelado –aunque pueda ser objeto de revelación y de hecho lo haya sido, según las tesis católicas–, que derive de un sistema religioso, de sus dogmas, creencias y convicciones; no procede de la razón *teológica*. El derecho natural en cuanto tal es descubierto y desvelado por la razón según sus luces naturales por la observación y el conocimiento de la naturaleza humana. Por ello es común a todos los hombres con independencia de sus convicciones religio-



sas; atribuir el derecho natural a una o unas creencias religiosas –como si fuera producto de una fe religiosa– constituye un desconocimiento del derecho natural y su radical desnaturalización.

Por último y en tercer lugar, que la razón es natural quiere decir que su objeto –el derecho natural– es algo objetivo natural, un objeto de conocimiento naturalmente dado, que no depende más que del puro dato natural; es conocimiento de la naturaleza del ser humano con independencia de su estado o condición social, política, etc. Como ya decíamos antes, la razón natural descubre y desvela el deber-ser de la persona humana en sí misma considerada, no en su estado social producto de la historia y de las construcciones culturales, ni en su condición personal o social derivada de circunstancias producidas por el hombre y los eventos sociales, políticos, etc. La razón es natural, porque separa en el hombre lo que hay de agregado histórico-social, político, económico, cultural, etc. y descubre y desvela lo propio de la condición de persona, según está naturalmente dada.

En este orden a la intervención de la razón en el conocimiento y explicitación del derecho natural debe advertirse que el derecho natural no es una *creación* de la razón, sino un descubrimiento, un desvelamiento racional. En otras palabras, el derecho natural no es un conocimiento, sino el objeto del conocimiento de la razón. El derecho natural –derechos, deberes, relaciones, normas– *está contenido* en la naturaleza humana. El objeto de inteligibilidad de la razón para obtener el conocimiento del derecho natural es la naturaleza humana. Conociéndola se desvela el núcleo natural de juridicidad.

En su momento se puso de manifiesto que el conocimiento del derecho no es propio de la razón especulativa, sino de la razón práctica. No es excepción el derecho natural. Pensar que el derecho natural se conoce por la razón especulativa mediante deducciones teóricas a partir de unos principios fue el error capital del iusnaturalismo moderno. El conocimiento del derecho natural es propio de la razón práctica. Esto significa que el derecho natural no es un conjunto de proposiciones racionales de naturaleza teóricamente universal y necesaria (que es lo propio de la razón especulativa), sino que sus verdaderos enunciados son de suyo *prácticos*, esto es, según lo que se deduce de la naturaleza humana y la consiguiente dignidad en el orden de la vida y de la acción. Ciertamente,

al ser la naturaleza humana universal y la misma en todos los hombres, se produce –lo hemos dicho antes– un derecho universal y común, pero esta universalidad debe entenderse en el sentido de que en determinados campos de la acción humana el deber-ser inherente a la dignidad del hombre se revela de la misma manera.

En cuanto el derecho natural es un objeto conocido por la razón a través del conocimiento de la naturaleza humana, no está exento de la ley de progresividad del conocimiento racional. El derecho natural no es un conjunto de conocimientos y juicios innatos, sino de deducciones prácticas de la razón natural al captar el deber-ser propio de la naturaleza humana. Por lo tanto, como sea que la naturaleza humana y la dignidad del hombre son conocidos en sus rasgos más básicos por todos los hombres –producto de la autoconciencia y el conocimiento por connaturalidad–, hay un núcleo básico de derecho natural conocido por todos. Pero el conocimiento más profundo de la naturaleza humana –y con ello el saber más perfecto del derecho natural –es producto del progreso cognoscitivo. De ahí que el conocimiento cada vez más perfecto del derecho natural –en definitiva, de las exigencias de la dignidad humana– esté sujeto a la ley de progresividad y exige estudio y reflexión, así como el avance de los saberes y de la civilización.

Justamente porque el derecho natural no se conoce de modo innato, sino por el proceso de conocimiento racional práctico, está sujeto a los avatares del conocimiento racional.

Caben, pues, errores, insuficiencias, degradaciones, etc., como en cualquier otro conocimiento. Sin embargo, este tipo de eventos es, en el caso del derecho natural, limitado, de modo que solo caben errores, insuficiencias o degradaciones parciales, que no afectan el núcleo básico y fundamental. Se debe ello a que el conocimiento de la naturaleza humana, en sus rasgos fundamentales, es un conocimiento por connaturalidad (conocimiento inmediato sin deducción), el cual es infalible. De ello resulta –como decíamos antes– que el núcleo más fundamental y básico del derecho natural es conocido infaliblemente por todos.

## PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA EN ESTA EDITORIAL

### *Manuales*

- D'ORS: *Elementos de Derecho Privado Romano* (4.<sup>a</sup> ed./1.<sup>a</sup> reimpr.).  
AURELIO GUAITA: *Derecho administrativo* (agotado).  
ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU: *Derecho Notarial* (2.<sup>a</sup> ed.) (agotado).  
MIGUEL SANCHO IZQUIERDO: *Lecciones de Derecho Natural* (agotado).  
JOSÉ ZAFRA: *Teoría fundamental del Estado* (agotado).  
LEANDRO BENAVIDES: *Economía Política General* (agotado).  
D'ORS: *Derecho Privado Romano* (10.<sup>a</sup> ed./2.<sup>a</sup> reimpr.).  
JOSÉ ZAFRA: *Régimen político de España* (agotado).  
JAVIER IRABURU: *Introducción a la economía descriptiva. I. Macro-Economía* (agotado).  
MICHEL VILLEY: *Compendio de Filosofía del Derecho. I. Definiciones y fines del Derecho. II. Los medios del Derecho* (agotado).  
MIGUEL SANCHO IZQUIERDO-JAVIER HERVADA: *Compendio de Derecho Natural* (2 tomos) (agotado).  
JAVIER HERVADA: *Introducción crítica al Derecho Natural* (11.<sup>a</sup> ed.).  
RAFAEL GÓMEZ PÉREZ: *Deontología Jurídica* (4.<sup>a</sup> ed.).  
ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT: *En defensa de la Constitución* (agotado).  
FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO: *Derecho administrativo español*:  
Tomo I (2.<sup>a</sup> ed.).  
Tomo II (2.<sup>a</sup> ed.).  
Tomo III. *El acto y el procedimiento administrativos*.  
JAVIER HERVADA: *Historia de la ciencia del Derecho Natural* (agotado).  
JAVIER HERVADA: *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial* (4.<sup>a</sup> ed.).  
JAVIER HERVADA: *Lecciones de Filosofía del Derecho. I. Teoría de la justicia y del derecho* (agotado).  
PEDRO DE PABLO CONTRERAS: *Curso de Derecho Civil Navarro. I. Introducción. Parte general*.  
JAVIER HERVADA: *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho* (4.<sup>a</sup> ed.).  
JAVIER FERRER ORTIZ (coordinador), JUAN FORNÉS, JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DEL VALLE, PEDRO LOMBARDÍA, MARIANO LÓPEZ ALARCÓN, RAFAEL NAVARRO-VALLS y PEDRO-JUAN VILADRICH: *Derecho eclesiástico del Estado español* (6.<sup>a</sup> ed./3.<sup>a</sup> reimpr.).  
FAUSTINO CORDÓN MORENO: *Introducción al Derecho procesal* (3.<sup>a</sup> ed.).  
JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE: *Curso de Derecho de la publicidad*.  
JAVIER HERVADA: *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (1.<sup>a</sup> reimpr.).  
JAVIER HERVADA: *Temas de Filosofía del Derecho*.

### *Jurisprudencia y Textos Legales*

- JOSÉ ANTONIO CORRIENTE: *Textos de Derecho Internacional Público. I* (agotado).  
ENRIQUE PECOURT: *Derecho Internacional Privado español*. Jurisprudencia sistematizada y comentada (agotado).  
ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: *Leyes constitucionales y administrativas de España* (agotado).  
JAVIER HERVADA y JOSÉ M. ZUMAQUERO: *Textos internacionales de Derechos Humanos. I. 1776-1976* (2.<sup>a</sup> ed.).  
JAVIER HERVADA y JOSÉ M. ZUMAQUERO: *Textos constitucionales españoles. 1808-1978*.  
ROMUALDO BERMEJO GARCÍA: *Textos de Derecho Internacional Público* (2.<sup>a</sup> ed.).  
JOSÉ M. ZUMAQUERO y JOSÉ LUIS BAZÁN: *Textos internacionales de Derechos Humanos. II. 1978-1998*.

### *Colección jurídica*

- ANTONIO PÉREZ HERNÁNDEZ: *El recurso de agravios* (agotado).  
JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE: *El arrendamiento como aportación social* (2.<sup>a</sup> ed.) (agotado).  
RAFAEL AIZPÚN TUERO: *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra* (agotado).  
TOMÁS MUÑOZ ROJAS: *El allanamiento a la pretensión del demandante* (agotado).  
RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES: *El consentimiento en las lesiones* (agotado).  
TOMÁS MUÑOZ ROJAS: *El imputado en el proceso penal* (agotado).  
VARIOS: *Curso de Derecho Privado Foral Navarro* (agotado).  
VARIOS: *Curso de Derecho Público Foral Navarro* (agotado).

RAMÓN GARCÍA DE HARO: *El salario como crédito privilegiado* (agotado).

AMADOR GARCÍA-BAÑÓN: *El beneficio de separación* (agotado).

CARMELO DE DIEGO-LORA: *La posesión y los procesos posesorios* (2 tomos) (agotado).

JOSÉ LUIS MURGA GENER: *El arrendamiento rústico en la transmisión «mortis causa»* (agotado).

JOSÉ ZAFRA: *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva* (agotado).

EZEQUIEL CABAILEIRO: *Los tratados internacionales* (agotado).

RAFAEL ECHEVERRÍA: *La V República francesa* (agotado).

FRANCISCO GÓMEZ ANTÓN: *El Consejo Foral Administrativo de Navarra* (agotado).

JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO: *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya* (agotado).

ENRIQUE LALAGUNA: *Estudios de Derecho matrimonial* (agotado).

HANS NAWIASKY (traducción de José Zafra): *Teoría general del Derecho* (agotado).

RAMÓN GARCÍA DE HARO: *La posición jurídica del trabajador subordinado* (agotado).

TOMÁS MUÑOZ ROJAS: *La caducidad de la instancia judicial* (agotado).

RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES: *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo* (agotado).

JOSÉ M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ DORAL: *La estructura del conocimiento jurídico* (agotado).

JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios jurídicos de Arte Menor* (2 tomos) (agotado).

RAFAEL M.<sup>a</sup> DE BALBÍN: *La concreción del poder político* (agotado).

JOSÉ ZAFRA: *El derecho como fuerza social* (2.<sup>a</sup> ed.).

RAMÓN GARCÍA DE HARO: *Régimen jurídico de la formación profesional en derecho español*. Con un anexo de legislación vigente, recopilado por Javier Fernández Micheltona (agotado).

ÁNGEL DíEZ RONGAL: *Garantías reales sobre maquinaria industrial* (agotado).

EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *La enajenación forzosa* (agotado).

JOSÉ ANTONIO DORAL: *La fase de seguridad en la hipoteca* (agotado).

GONZALO DIÉGUEZ: *Deducción y solución de los conflictos laborales de intereses* (agotado).

JOSÉ RODRÍGUEZ ITURBE: *El concepto de derecho en la doctrina española actual* (agotado).

JOSÉ ANTONIO DORAL: *La noción de orden público en el Derecho civil español* (agotado).

ENRIQUE LALAGUNA: *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares* (agotado).

KARL ENGISCH (traducción de Juan José Gil Cremades): *La idea de concreción en el derecho* (agotado).

GONZALO DIÉGUEZ: *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social* (agotado).

VARIOS: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas* (6 tomos) (agotado).

JOSÉ LUIS MURGA: *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho Romano tardío* (agotado).

ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO: *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (agotado).

GONZALO DIÉGUEZ: *La fidelidad del trabajador en LCT* (agotado).

HARRY SAMUELS (traducción de Gonzalo Diéguez): *El Derecho de los Sindicatos* (agotado).

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO: *Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial* (2 tomos) (agotado).

PLUTARCO MARSÁ: *La mujer en el Derecho político* (agotado).

PLUTARCO MARSÁ: *La mujer en el Derecho civil* (agotado).

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *La sociedad irregular mercantil en el proceso* (agotado).

RAFAEL GÓMEZ PÉREZ: *La ley eterna en la historia* (agotado).

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *La conexión en el proceso penal* (agotado).

FRIEDRICH STEIN (traducción de Andrés de la Oliva Santos): *El conocimiento privado del juez* (agotado).

EMILIO VALIÑO: *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (agotado).

JOSÉ ANTONIO CORRIENTE: *Valoración jurídica de los preámbulos de los Tratados Internacionales* (agotado).

EMILIO VALIÑO: «*Acciones útiles*» (agotado).

SERGIO COTTA (traducción de Jesús Ballesteros): *Itinerarios humanos del Derecho* (2.<sup>a</sup> ed.).

EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Estudios de Derecho Procesal* (agotado).

VARIOS: *El sistema de medidas cautelares* (IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas) (agotado).

JESÚS M.<sup>a</sup> LOBATO: *La cláusula penal en el Derecho español* (agotado).

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES: *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal* (agotado).

JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho patrimonial de los religiosos: cuestiones civiles* (agotado).

ALEJANDRO GUZMÁN: *Caución tutelar en Derecho Romano* (agotado).

JOSÉ ZAFRA: *Poder y poderes* (agotado).

JOSÉ ÁNGEL TORRES: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad* (agotado).

VARIOS: *La fe pública mercantil*. Primer Seminario (agotado).

MODESTO SANTOS CAMACHO: *Ética y Filosofía analítica. Estudio histórico-crítico* (agotado).

JOSÉ ZAFRA: *Alma y cuerpo del Movimiento Nacional* (agotado).

MIGUEL MORENO MOCHOLI: *El precario* (agotado).

ALEJANDRO GUZMÁN: *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (agotado).

GONZALO DIÉGUEZ: *Orden público y conflictos colectivos* (agotado).

DOMINGO RAMOS-LISSÓN: *La ley según Domingo de Soto*. Estudio teológico-jurídico.

FERNANDO DE ARVIZU Y GALARRAGA: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media* (agotado).

FRANCESCO OLGIATI: *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* (agotado).

ÁNGEL CRISTÓBAL-MONTES: *La administración delegada de la sociedad anónima* (agotado).

JOSÉ ORTEGO: *Prevención de las infracciones de menores* (agotado).

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Estudios de Derecho Civil* (2 tomos) (agotado).

FAUSTINO CORDÓN MORENO: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo* (agotado).

ÁLVARO D'ORS: *Ensayos de teoría política* (agotado).

JESÚS GARCÍA LÓPEZ: *Individuo, familia y sociedad*. Los derechos humanos en Tomás de Aquino (2.<sup>a</sup> ed.).

EMMA MONTANOS: *La familia en la Alta Edad Media española* (agotado).

GONZALO ROJAS SÁNCHEZ: *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España Contemporánea. 1811-1936* (agotado).

TERESA GIMÉNEZ-CANDELA: *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (agotado).

JUAN ANDRÉS MUÑOZ: *La educación política como función de gobierno en el Estado* (agotado).

JOSÉ MANUEL ZUMAQUERO: *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978* (agotado).

FRANCISCO JOSÉ HERRERA JARAMILLO: *El derecho a la vida y el aborto* (agotado).

RAFAEL MARÍA DE BALBÍN: *La relación jurídica natural* (agotado).

VARIOS: *El Derecho Navarro tras el Amejoramiento del Fuero*.

BEATRIZ EUGENIA SOSA MORATO: *La noción de derecho en «Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho» de Luis de Molina*.

PEDRO DE PABLO CONTRERAS: *Constitución democrática y pluralismo matrimonial* (El nuevo sistema matrimonial español).

JULIO-JAVIER MUERZA ESPARZA: *El motivo 1.º del artículo 1692 de la L.E.C. de 1881 y su evolución*.

ANTONIO GARCÍA CUADRADO: *El gobierno por orden ministerial*.

MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO: *La inversión directa en el régimen de las inversiones extranjeras*.

JOSÉ FRANCISCO AGUIRRE OSSA: *El poder político en la neoescolástica española del siglo XIX*.

JAVIER HERVADA: *Escritos de Derecho Natural* (2.<sup>a</sup> ed.).

JAVIER FERRER ORTIZ: *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*.

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA: *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen* (Visión crítica) (agotado).

SERGIO COTTA (traducción de Ismael Peidro Pastor): *El Derecho en la existencia humana*. Principios de ontología jurídica.

RAFAEL DOMINGO: *Teoría de la «auctoritas»*.

VARIOS: *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro d'Ors* (2 tomos).

VARIOS: *Economía y Derecho empresarial*. El reto europeo a la empresa española: Análisis interdisciplinar.

ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA: *El concepto jurídico de persona*.

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS: *La filosofía jurídica de Michel Villey*.

RAFAEL DOMINGO: *La legislación matrimonial de Constantino*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. (agotado).

MARÍA BLANCO: *El concepto de prelado en la lengua castellana. Siglos XIII-XVI*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. (agotado).

EDUARDO VALPUESTA: *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. (agotado).

DOLORES GARCÍA HERVAS: *Presupuestos constitucionales de gobierno y la función judicial en la Iglesia*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. (agotado).

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI: *El consentimiento matrimonial (Comentario al artículo 45 del Código Civil)*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. (agotado).

JOSÉ MANUEL RAMÍREZ SINEIRO: *Seguridad europea y estrategia atlántica ante un mundo en cambio*.

JAVIER HERVADA: *Coloquios propedéuticos de Derecho Canónico*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. (agotado).

PEDRO SERNA BERMÚDEZ: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*.

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA: *Derecho Indiano: Estudios. I. Las visitas generales en la América española. Siglos XVI-XVII. II. Fuentes. Literatura jurídica. Derecho público*.

MARÍA LUISA MURILLO: *Forma y nulidad del precontrato. Con especial referencia a la Legislación Iberoamericana*.

VARIOS: *Temas constitucionales de actualidad: libertad, justicia, pluralismo*.  
 JAVIER HERVADA: *Los eclesiasticistas ante un espectador (agotado)*.  
 FRANCISCA PÉREZ-MADRID: *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*.  
 ISMAEL SÁNCHEZ BELLA: *Nuevos estudios de Derecho Indiano*.  
 PEDRO RIVAS PALÁ: *Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley*.  
 ÁLVARO D'ORS: *Parerga histórica*.  
 ADOLFUS FRIDERICUS RUDORFF: *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui. Quae reliqua sunt*.  
 RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ: *El Consejo de Indias durante los reinados de Carlos III y Carlos IV*.  
 RAFAEL DOMINGO-MERCEDES GALÁN (Coords.): *Presente y futuro del Derecho foral. Jornadas conmemorativas del XXV Aniversario del Fuero nuevo*.  
 MARÍA BLANCO: *La primera ley española de libertad religiosa. Génesis de la ley de 1967*.  
 JUAN CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*.  
 MARÍA DE LOS ÁNGELES MANASSERO: *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*.  
 MARÍA BLANCO: *La libertad religiosa en España. Precedentes de dos organismos estatales para su protección*.  
 INÉS ARRIAGA IRABURU: *El Derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*.  
 M.<sup>a</sup> CRUZ DÍAZ DE TERÁN VELASCO: *Derecho y nueva eugenesia. Un estudio desde la ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida*.  
 FERNANDO PUIG: *Función y riesgo en el seguro de caución*.  
 EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (Coord.): *La política de seguridad y defensa en Europa*.  
 MARINA CAMPS MERLO: *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*.